image
not
available

M

Ex Bibliotheca
majori Coll. Rom.
Societ. Jesu

CONSILIORUM
ſive
RESPONSORUM
DOCTORUM ET PROFESSORUM FACULTATIS JURIDICÆ IN ACADEMIA MARPURGENSI,

Volumen Primum.

IN QUIBUS MULTA, QUÆ IN CONtroverſiam quotidie vocantur, accuratè excitata atq; diſceptata judicio graviſsimo diſcutiuntur.

OPUS RERUM AMOENA TRACTATIONE JUCUNDUM, ET DECISIONUM gravitate fructuoſum, Scholis deniq; & foro diſcentibus atq; docentibus utile ac neceſſarium.

CONGESTUM STUDIO ATQ; OPERA

HERMANNI VULTEJI
JURISCONSULTI.



MARPURGI CATTORUM,
Typis Pauli Egenolphi, Typogr. Acad.

ANNO M DC VI.

REVERENDISSIMO PRINCIPI AC DOMINO, DN. JOANNI SCHWEICKHARDO, SS. SEDIS MOGUNTINENSIS ARCHIEPISCOPO, SACRI IMPERII ROMANI per Germaniam Archicancellario & Electori Serenissimo, &c. Domino suo clementissimo, perpetuam felicitatem.

ANNUS jam agitur decimusquintus, Reverendissime & Serenissime Princeps, Domine clementissime, ex quo in Celsitudinis Vestræ reverendissimæ notitiam primùm veni. Ab eo tempore optavi sepius occasionem aliquam mihi dari, & ad ipsam posteritatem testificandi, quanti C.V. facerem, & animi mei gratitudinem quovis modo exhibendi. Etenim probè memini, nec unquam mihi excidet memoria, quanta & tum Moguntiæ, & postea hîc Marpurgi in aula Illustrissimi Cattorum Principis, Dn. LUDOVICI Senioris, Hessiæ Landgravii, &c. pientissimæ recordationis, benevolentia C.V. me sit prosecuta, eandemq; multoties & verbis & reipsa, atq; hoc haud ita pridem, cùm in hoc summum dignitatis Archiepiscopalis & Electoralis fastigium summo suo merito est evecta, per virum & genere & virtute verè nobilem, RODOLPHUM WILHELMUM RAW in Holtzhausen, Hessiæ Consiliarium intimum, clementissimè confirmaverit. Nulla verò istiusmodi sese hactenus exhibuit occasio, ut maximè mihi undequaque diligenter quæsita. Eam cùm nunc mihi reperisse videar, non quantam volebam, sed quantam poterã, prętermittere nolui, neq; verò etiam debui. Nam prodo in lucem opus insigne, non quidem illud meum totum, sed in quo adornando laboris partem sustinui haud postremam, Consilia, inquam, sive Responsa à Doctoribus Facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi data. Hæc cui potius quàm Celsitudini Vestrę reverendissimæ inscriberem, & in quo tam mihi atq; in ipsa acquiesceret animus, equidem non reperi. Cùm enim ad juris æquitatisq; trutinam probè sint examinata, nullum alium, quàm qui in Germania post Imperatoriam

majestatem summus esset Justitię moderator, & sacri Imperii Archicancellarius, patronum requirebant: desiderabat verò ut ego id darem effectui officium meum, ut si fortè cuipiam videar importunior, id ipsum sit, quod me facilè excuset. Hîc si vellem, amplissimus mihi aperiretur campus, quo decurrerem in C. V. virtutum & familiæ equestris de Cronberg/ex qua ipsa est nata, deprædicatione: sed quòd & mihi non sit tanta facultas, ut pro merito id præstare possim, & ut illa mihi suppeteret, C. V. non admitteret, ut ipsi hæc in faciem dicerem, supersedere equidem isto labore hoc tempore malo, quàm tenuius ea dicere, quæ dicenda sunt graviter, aut in assentationis reprehensionem, à qua natura mea abhorruit semper, incurrere. Et profectò res ipsa id quod innuo, ostendit satis, cùm in illud dignitatis fastigium, in quo C. V. collocatam esse vident omnes, nemo ascendit, nisi cujus virtus, pietas, prudentia & sapientia sit probatissima. Patere igitur Princeps reverendissime & serenissime, ut hoc opus C. V. inscribatur: patere ut id faciam ego, qui C. V. semper fui ab eo tempore, quo me nosse cepit, quàm commendatissimus: patere ut hoc submissę meę in C. V. observantię & gratitudinis monumentum ad ipsam posteritatem extet: patere me hoc facere, ut C. V. in me clementia gratiosissima non mihi duntaxat privatim, sed aliis etiam constet publicè. Hoc si à C. V. prout confido, impetravero, beatum me judicabo, nec est quidquam aliud, quod à C. V. desiderem aut expectem amplius. Vale & Salve Princeps reverendissime, & me clementia tua, sicuti fecisti hactenus, prosequere: faciam ego pro virili mea semper, Deo me ita benè juvante, ut constet omnibus, Celsitudinis vestræ reverendissimæ me cum animi demissione debita fuisse, esse & futurum observantissimum. Dabam Marpurgi in Museo meo ipsis Calend. Septembrib. Anno à nato Christo MDCV. Archiepiscopatus tui II.

Celsitudinis Vestræ Reverendissimæ

observantissimus

Hermannus Vultejus JC.

NOMI-

NOMINA EORUM, QUI IN ACADEMIA MARPURGENSI publicè jura professi sunt.

I. IOANNES FERRARIUS *Montanus, Theologiæ Baccalaureus, Medicinæ Licentiatus, & tum juris utriusq; Candidatus, Consiliarius Hessiæ, primus Academiæ Marpurgensis in dicasterio Principis, 29. Maji, quæ sacra fuit memoriæ Ascensionis Domini nostri Jesu Christi, Anno 1527. electus Rector, idemq; postea, anno 1536. Academiæ Vicecancellarius factus, Professor juris primus & primarius, Doctor creatus utriusq; juris anno 1533. Diem suum obiit Marpurgi 25. Junii, Anno 1558. sepultus in æde D. Elisabethæ.*

II. BALTHASAR CLAMMERUS *Bavarus, docuit Institutiones juris: discedens ex Academia anno 1532. juris utriusq; Licentiatus est renunciatus. Abiit autem Cellam Lunæburgensium cooptatus in numerum Consiliariorum Ducis Brunsuicensis & Lunæburgensis, ibidemq; diem suum obiit.*

III. JOANNES RUDELIUS *Francofurtensis, J. V. Doctor. Obiit Lubecæ.*

IV. JUSTUS STUDÆUS *Elsanus, J. V. Doctor. Obiit Francofurti 11. Iulii, anno 1570.*

V. JOANNES OLDENDORPIUS *Hamburgensis Saxo, I. V. Doctor, Colonia Marpurgum ad profitenda jura evocatus, successit D. Ioanni Ferrario in primatu. Obiit Marpurgi 3. Iunii, anno 1567. sepultus ibidem in choro summi templi.*

VI. JOANNES LERSNERUS *Marpurgensis Hessus, I. V. Doctor. Obiit Marpurgi 19. Ianuarii, anno 1550. sepultus in choro summi templi.*

VII. AMBROSIUS SCHURERIUS, *J. V. Doctor.*

VIII. CHRISTOPHORUS BRECHTERUS *Argentoratensis, I. V. Doctor. Obiit Fuldæ 6. Maji, anno 1562.*

IX. JACOBUS LERSNERUS *Marpurgensis Hessus, J. V. Doctor, qui defuncto Ferrario Academiæ Vicecancellarius factus est. Obiit Marpurgi 5. Martii, anno 1579.*

X. CHRISTOPHORUS LERSNERUS *Marpurgensis*

sis Hessus, I.V. Doctor, discessit Marpurgo Academia relicta ad Ducem Megalopolitanum, ejus Consiliarius factus: inde venit Brunsuigam, factus urbis Syndicus, postea Marpurgum rediit, & privatus vixit. Obiit Fridberga in Wetteravia, 11. April. anno Christi 1603. ætatis suæ 83.

XI. ÆGIDIUS MUMMERIUS *Limburgensis, I.V. Doctor, discessit Marpurgo Spiram, Cameræ Imperialis ibidem Assessor factus 8. Iunii, anno 1558.*

XII. WIGANDUS HAPPELIUS *Marpurgensis Hessus, I.V. Doctor, qui & literas Hebræas in Academia docuit. Obiit 21. Martii anno 1572. sepultus in æde D. Elisabethæ ad latus soceri sui, D. Ioannis Ferrarii Montani.*

XIII. HIERONYMUS TURLERUS *Dresdensis Misnicus, J.V. Doctor, in Professorum numerum cooptatus 28. April. anno 1560.*

XIV. NICOLAUS VIGELIUS *Treisensis Hessus, J.V. Doctor, juris Professor factus mense Octobri, anno 1560. professione abiit 7. April. anno 1594. Obiit Marpurgi 10. Iulii, anno 1600. in summo templo tumulatus.*

XV. HERMANNUS LERSNERUS *Marpurgensis Hessus, J.V. Doctor docere cepit 12. April. anno 1564. defuncto D. Jacobo Lersnero successit in officio Vicecancellariatus anno 1579. vivit etiamnum, annum ætatis agens 70.*

XVI. ANTONIUS HEISTERMANNUS *Brakelensis Westphalus, I.V. Doctor, Professor factus est 7. Maji, anno 1564. successit D. Oldendorpio defuncto in primariatu. Obiit 12. Septembr. anno 1568. sepultus Marpurgi in summo templo.*

XVII. VALENTINUS FORSTERUS *Wittembergensis Saxo, I.V. Doctor receptus est in numerum Professorum juris 9. Februarii, anno Christi 1569. successit D. Heistermanno in primariatu, Marpurgũ & Academiam reliquit mense Augusto, anno 1580. vocatus Heidelbergam ad primariam juris Professionem: sed Heidelberga discessit anno 1584. concedens Wormatiam, ubi vixit, quoad vocaretur anno 1595. ad Academiam Iuliam, quæ est Helmstadii, ut ibi ex prima cathedra jus doceret, qui etiamnum vivit.*

XVIII. REGNERUS SIXTINUS *Frisius, I.V. Doctor, cepit docere mense Novembri, anno 1568. successit D. Forstero in primariatu, summi dicasterii Hessiaci Assessor. Reliquit Marpurgum & Academiam mense Majo, anno 1591. abiens Francofurtum ad Mœnum, ubi cùm habitasset ad annum usq; 1593. rediit in Hessiam Cassellas, qui etiamnum vivit.*

XIX. BERNHARDUS COPIUS *Stromburgensis Westphalus,*

phalus, I. V. Doctor, cùm ab anno 1569. Græcas literas publicè docuisset, summi judicii Hessiaci Assessor cooptatus est in numerum Professorum juris mense Octobri, anno 1580. succedens D. Sixtino in professione Institutionum juris. Obiit Marpurgi peste 12. Novembr. anno 1581. sepultus in Cœmiterio quod est ante portam Franciscanam.

XX. HERMANNUS VULTEJUS *Wetteranus Hessus, I. V. Doctor, cum mense Octobri, anno 1580. successisset D. Copio in professione Græcæ linguæ, eidem defuncto successit in professione juris 20. Decembr. anno 1581. & in Assessoratu summi Dicasterii Hessiaci 24. April. anno 1582. & cùm 7. Ianuarii ejusdem anni perorasset de dignitate Iurisprudentiæ, die 10. ejusdem mensis & anni auspicatus est interpretationem Institutionum Imperialium. Idem successit postea D. Sixtino discedenti in primariatu 12. Maji, anno 1591. qui etiamnum vivit.*

XXI. PHILIPPUS MATTHÆUS *Marpurgensis Hessus, J. V. Doctor, in Professione Institutionum Imperialium successit D. Vultejo 12. Maji, anno 1591. & postea D. Vigelio in professione Pandectarum. Obiit Marpurgi ex hydrope 18. Iunii, anni 1603. à meridie hora sexta, sepultus in summo templo, ætatis suæ anno 48. mense 9. die 29. professionis suæ anno 12. mense 1. die 6.*

XXII. JOANNES GOEDDEUS *Suertensis Westphalus J. V. Doctor, Herborna Nassoviorum evocatus successit D. Matthæo in professione Institutionum Imperialium 26. Maji, anno 1594. & cùm pridie Calend. Iulii de Imperio legis & hominis in Republ. summo perorasset 3. Iulii lectiones suas auspicatus est. Defuncto D. Matthæo successit in professione Digestorum mense Septembri, anno Christi 1603. qui etiamnum vivit.*

XXIII. GODEFRIDUS ANTONII *Freundenbergensis Westphalus successit D. Gœddeo in professione Institutionum Imperialium ipsis Calendis Septembr. anno 1603. & cùm 16. Octobr. perorasset de autoritate juris Canonici, cepit docere die Martis, quæ erat 18. ejusdem mensis Octobris, qui etiamnum vivit.*

CONSILIUM I.

Quod est

JOANNIS FERRARII MONTANI, JC. QUOD FECIT NOMINE FACULTATIS JURIDICÆ in Academia Marpurgensi.

SUMMARIA.

1 *Civitates necessitate postulante civibus suis collectas indicere possunt.*
2 *Idem juris est in toto, quod est in parte.*
3 *Pacta & conventiones juri contraria non valent.*
4 *Vectigalia nova sine consensu Imperatoris institui nequeunt.*
5 *Consuetudo optima legum interpres.*
6 *Consuetudo permittit inferioribus collectas indicere.*
7 *Principis potestas est maxima.*
8 *Rescripta contra jus & utilitatem publicam non valent.*
9 *Rescriptum quodnam cōtra jus esse intelligatur.*
10 *Pacta tertio non prajudicant.*
11 *Nisi paciscentes jure suo utantur, atque exinde tertio noceatur.*
12 *Vendere cuiq; licet rem suam tāti, quanti potest.*
13 *Quod quisq; juris in alterum statuit eodem ipse uti debet.*
14 *Actio ut detur causam justam subesse oportet.*
15 *Consuetudo mutari potest à populo.*

CASUS.

INTER Senatum & Populum civitatis S. ære alieno publico & aliis publicis necessitatibus urgentibus, cōvenit, ut per triennium singuli cives de bonis suis, de annuis reditibus, de cerevisia venali certum quid in publicum ad publicas necessitates sublevandas contribuerent, unde evenit ut cerevisia in cauponis paulò carius veniret, & aliarum quarundam rerum venalium precia augerentur. Hinc nobiles & rustici prædictæ civitati vicini, quod sua interesset precia rerum venalium non augeri, mandatumà Ducibus P. impetrant, quo istam civium conventionem infringere conantur, ex quo senatus prædictæ civitatis S. duabus quæstionibus propositis, quærit quid juris.

Et prima quidem quæstio hæc est, Utrum conventio prædicta de contributionibus & collectis sine consensu principis valeat, an verò mandato principum illam infirmanti teneantur obedire.

Altera verò quæstio est, An vicinis hominibus ratione sui interesse aliqua competat actio.

RESPONSUM AD PRIMAM QUÆSTIONEM.

AD primam quæstionem quod attinet, constat † conventionem istam & con- 1
sensum publicum ipso quidem jure subsistere, præsertim ex *l. fin. ff. de colleg. & corpor.* ubi Cajus, Sodales, inquit, sunt, qui ejusdem collegii sunt, quos Græci ἑταίρους vocant: his autem potestatem lex facit pactionem, quam velint sibi ferre dū ne quid ex lege publica corrumpant. Sed hæc lex videtur ex lege Solonis translata esse. Nam illic ita est eadem: Quod si populus vel ejusdem religionis cultores, vel orgiorum sacrificuli, vel nautæ, vel sodales, vel commune sepulcrum habētes, vel publicani, vel in societatem coëmendorum pecorum, aut negociationis, aut cujuscuuq; alterius rei coëuntes paciscantur inter se ratum esse, quatenus publica id monumenta non prohibeant. Hæc verba de sodalibus & collegiis dicta, qua ratione de civitatibus quoque aliisque rebus publ. intelligenda non sint, non videmus, cum † idem juris sit in to- 2
to, quod in parte, & vice versa, *l. si servus in fin. ff. de acquir. vel omittend. hered. l. quæ de tota, in princip. ff. de rei vindicat.*

Planè tres exceptiones jam dicto juri in casu proposito objici animadvertimus, quarum una hæc est, quod † contra leges pactio facta sit: quæ 3
exceptio ipso quidem jure subsistit, ex verbis jam propositis hisce: *Dum ne quid ex publica lege corrumpant*, item hisce: *Quatenus publica* id monumenta non prohibeant, item ex edicto prætoris

l. jurisgentium, §. prætor ait, ff. de pact. Jam autem pa-
4 ctio † civium proposita videtur facta contra *l. vectigalia in princ. ff. de publ.* ubi Jurisconsultus, Vectigalia, inquit, sine Imperatorum præcepto, neq; Præsidi, neq; Curatori, neq; Curiæ cōstituere, nec præcedētia reformare, his vel addere vel diminuere licet, quo pertinet tot. tit. *C. vectigal. nova institui non posse.* Quanquam autem in hisce legibus de vectigalibus tantùm caveatur, idem tamen videtur accipiendum de aliis quoq; collectis secūdum Ægid. Bossium *sub tit. de angar. & extraordi. execut.* & secundum Bartolum *in l. unica, C. de superindict. lib. 10.* ubi dicit civitatem non posse imponere collectas *sine princip. autorit.*

Sed contra autoritatē tam Bossii quā Bartoli leges prædictas de vectigalibus latas ad alias colle-
5 ctas extēdendas nō esse docet optima † legum interpretes cōsuetudo, *l. si de interpretatione & seq. ff. de leg. l. semper, ff. de reg. jur.* Nam cōsuetudine prædictæ leges ad hoc usq; tempus receptæ sunt, ne scilicet cuiquam vel præsidi, vel Curiæ vel Reipub. liceat sine Imperatoris & ordinum decreto vecti-
6 galia nova constituere: at † eadē consuetudo permittit pro necessitatibus civilibus exactiones & collectas, civibus præsertim cōsentientibus, etiā sine Imperatoris & ordinum decreto Imperii, ut in multis civitatibus Germaniæ, nō iis solùm quæ merum & mixtū habent Imperium, sed etiā in iis, quæ principibus subditæ sunt, hodie licet animadvertere: quod & ipsum legibus nō solùm nō infirmatur, sed permittitur etiam, nimirum *l. omnes, C. de oper. publ. Bar. Consil. 180. in prin.* Quod autem in casu proposito vicini nobiles & rustici cōqueruntur, non civibus solū sed & sibi ad jurisdictionem civium non pertinentibus collectas impositas esse, illud eos nō rectè conqueri mox dicetur, constat itaq; propositam civium pactionē contra leges factam non esse, præsertim civibus ad impositum onus consentientibus, & ob id exceptioni propositæ in casu proposito locum non esse.

Altera, quæ contra propositam pactionē exce-
7 ptio allegari possit, est, quòd † principes eā suo mādato reprobārt, quæ exceptio ipso quidē jure constat, cū ex vulgari lege, Quod principi placet legis habet vigorem, tùm etiā *ex l. 5. C. de divers. rescrip.* in hæc verba: Sacrilegii instar est, super quibuscunq; administrationibus vel dignitatibus promulgādis divinis obviare beneficiis; idemq; est *in l. 2. C. de crim. sacril.* ubi dicitur: Disputari de principali judice nō oportet: Sacrilegii enim instar est dubitare, an dignus sit, quem elegerit Imperator.
8 Sed propositæ exceptioni obstabit, quòd † rescripta contra jus & publicā utilitatem, quæ rescriptis promovenda potius, quàm impediēda est, elicita vim nullā obtineāt, *l. nec dānosa, & l. pen. C. de prec. Imp. offer. l. fin. C. si cōtra ius vel util. publ. cū similib.*
9 Contra jus autem † rescriptum censendum est, non solùm illud, quod contra leges generales generaliter decernit, nimirum non licere iis, qui in collegiis & corporibus licitis sunt, pactionē ullā facere, sed etiam si contra eos, qui hujus vel illius collegii & corporis sunt potestatem paciscēdi sine justa & legitima causa denegat. Unde *in l. certa, C. Quand. provoc. non est necess.* dicitur, Certa ratione & fine mulctare præsides possunt: quod si aliter & cōtra legis statutum modum præses provinciæ mulctam vobis irrogaverit, dubiū non est, id quod contra jus gestum videtur, firmitatē non tenere, & sine appellatione posse rescindi. Sic rescriptum, quo alicui exceptio peremptoria cū læsione actoris sine justa causa datur, ipso jure nullum est, *l. 2. C. de precib. Imper. offer.* item quo contra transactionem alicui actio sine justa causā restituitur, *l. causas, C. de transact.* Quemadmodū ergò principes suis mandatis atq; rescriptis inutilia pacta confirmare non possunt, *l. obligationes, ff. de obl. & act.* ita contra quoq; utilia pacta nō possunt sine causa infirmare. Quòd autem Senatus & Cives S. justam paciscēdi causam habuerint, cùm ex præcedentibus, tum ex sequentibus patet, ex quo cōstat, mandatū de quo quæritur tanquā sine causa & ita contra jus elicitum ipso jure nullum esse.

Tertia exceptio quæ juri civitatis opponitur hæc est. Nisi cives & alii, qui sunt ejusdē corporis, in damnum tertii quid invicē paciscantur. Hujusmodi enim † pactiones in præjudicium tertii non 10
valent, *l. si unus, §. ante omnia, ff. de pact. l. domum, ff. de regul. iur. l. sicut, §. Aristo. ff. si servit. vind.* In casu autem proposito asseritur, pactionē de qua quæritur in damnum tertii, hoc est, vicinorum nobilium & rusticorum contingere ob id, quòd illis cerevisia & aliæ res in S. carius sint emenda, ideoque videtur pactio supradicta rescindenda.

Sed huic exceptioni respondetur eam eatenus esse veram, nisi † paciscentes jure suo utētes offi- 11
ciant tertio, *l. nemo. ff. de regul. iur.* ubi dicitur, Nemo damnū facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet, & ad idem est textus *in l. 3. ff. ad leg. Aquil.* ubi Ulpianus ait, non sufficere occisum esse servum, sed oportere id injuria esse factū. Idemq; traditur *in l. fluminum, § fin. & in l. Proculus, ff. de dam. infect. & in l. cum eo, & in l. fistulam, ff. de serv. urban. pred.* & secundum id de facto consulti responderunt Ancharan. *Consil. 11. incip. factū super quo cū duob. sequ. & consil. 155. incip. Optimis rationib.* & Ioan. Calder. *Consil. 21. incip. Episcopus habēs.*

Sed quòd jure suo † cives, quemadmodum alius 12
quilibet venditor, precia rerum venalium augere possint, & tanti vendere illis liceat quanti emtorem invenire possunt, plus quàm manifestum est, cùm ut Pomponius ait, in precio emtionis & venditionis naturaliter liceat contrahentibus se circumvenire, *l. in causa § penult. ff. de minor. 25. ann.* Et si licet privatis precia rerum suarum augere, quantò magis Reipubl. concedendū est, precium cerevisiæ suæ, præsertim necessitate exigente augere, etiam modo servato? Quid, quod rustici, qui conqueruntur de injuria ex auctione precii sibi facta, vaccas, sues, oves, boves, ova, butyrum, frumentum & alia quintuplo pluris, quàm à majoribus suis factum est, vendant, interim petētes ut cives cogantur sua illis non carius vendere, quàm antea vendiderint? At legibus cautum est, Quod † quisque juris in alterum statuit, uti ipse 13
eodem jure utatur, *l. 1. ff. Quod quisq; iuris.* Si igitur rustici in sua persona censent æquum precia rerum suarum venalium augere, idem in civium persona non iniquum censere debent. Respondemus igitur pactionem Senatus & Populi S. de qua quæritur, etiam sine consensu principum justam esse, nec mandato proposito eam rescindi posse.

RESPON-

RESPONSUM AD SECUNDAM QUÆSTIONEM.

SEcundo loco quæritur, an vicinis hominibus ratione sui interesse aliqua cõpetat actio? ad quam quæstionem, quid respondendum sit, facilè constat ex iis, quæ dicta sunt in præcedentibus, præsertim in exceptione tertia, nempe quod actio illis nulla
14 detur. Nec enim sufficit † alicujus interesse, ut illi danda sit actio; sed necesse est ut subsit etiam justa & probabilis causa. Nam ita Ulpianus, Si mecum fuerit actum, inquit, ad exhibendum, ego ob hoc, quòd contentus sum ad exhibendum, actione ad exhibendũ agere non possum, quãvis videatur interesse mea ob hoc, quod teneor ad restituẽdum. Sed hoc non sufficit: alioquin & qui dolo fecit, quo minus possideret, poterit ad exhibẽdum agere, quanquam neq; vindicaturus, neq; interdicturus est; & fur & raptor poterit, quod nequaquam verum est. Eleganter igitur definit Neratius, judicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam & probabilẽ causam habeat, propter quã exhibere sibi desideret *l. 3. §. si mecum ff. Ad exhibend.* Quam autem justam & probabilem agendi causam vicini habeant non videmus. Sanè si dicant se longa cõsuetudine niti, qua receptum fuerit cerevisiã non carius vendi, facilè quid contra responderi possit patet. Sive enim consuetudo ista statuto municipali introducta fuit sive
15 non, licet † illam alio statuto & tacito populi consensu, nedum expresso mutare, *l. de quib. ff. de legib.* Planè si, quemadmodum cives pacti sunt, ut liceat contra morem receptum cerevisiam carius vendere, ita pacti essent nulli licere cerevisiam suam vendere vilius statuto precio, haberent vicini actionem *ex l. unica in princip. C. de monopol.* Sed aliud est pacisci, ut liceat carius vendere, aliud ne liceat vendere vilius. Respondemus itaq; ad hãc quæstionem, vicinis nobilibus & rusticis pro suo interesse contra Senatum & Populum civitatis actionem denegandam esse. In fidem facultatis nostræ Sigillum adjecimus. Actum in Consilio Collegii nostri 21. Junii, Anno Christi 1557.

Decanus & ceteri Doctores Facultatis Juridicæ in Academia Marpurg.

CONSILIUM II.

Quod est

JOHANNIS FERRARII Montani Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Reditus annui inter immobilia habentur, quod ibidem declaratur.*
2 *Pretium non semper succedit loco rei.*
3 *Hæredibus luitio pignoris concessa est.*
4 *Tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis.*
5 *Fructus a fundo separati non sunt pars fundi amplius.*
6 *Usucapitur res immobilis longo tempore, mobilis triennio.*
7 *Obligatio exstinguitur si in eum casum redigatur, à quo incipere nequit.*
8 *Reditus annui alias de jure immobiles, ex consuetudine possunt haberi loco mobilium.*
9 *Pacta dotalia sunt attendenda.*

AD primum quæsitum quod attinet, † Annuos reditus inter immobilia, seu bona, quæ soli sunt, haberi, juris est expediti, in *l. jubemus nulli: ubi & glo. super verbo, annonas, C. de sacros. eccles. Auth. de non alien. reb. eccl. §. vult enim, ver. aut civiles annonas. in Clement. exivi de paradiso. §. cum annuus reditus, de verb. sig. & respondit Alex. consil. 15. ver. stante ergo, volu. 7. ut reliquos prætermittam.* Id tamen quod ad eam distinctionem accipiendum est, quam Doctores, & eos secutus Alciatus *in l. moventium. ff. de verb. signific.* temperamenti loco adjiciunt, ut si reditus illi perpetuò debeantur, immobilibus æquiparari debeãt, si verò brevi tempore sint duraturi, mobilibus. Pro indubitato tamen esse, si dies solutionis cessit, ut deberi incipiant, inter mobilia censeri, uti & Canonistæ *in c. 1. querelam, de elect.* tractant, ubi etiam Zabatella *in 4. oppositione* ait, pensionem esse quãdam præstationem personalem. Baldus quoque *in c. 1. § sciendum est, de feud. cogn.* hanc quæstionem ex Frider. de Sen. & Cyno refricat, tandem concludens, si quando annalis præstatio merè personale debitum contineat, mobilium numero haberi. Idem *in c. 1. ver. oppono quòd quæstio non procedat, num. 5.* decimas inter immobilia cõputari adserit, quia immobilibus adhærent, & stabile subjectum habent, quod & in aliis annuis, & perpetuis præstationibus locum habeat, uti sunt annonæ civiles, &c. Ex quibus semota omni disputatione respondendum arbitror, idque secundum ea, quæ adhuc proponerentur, etiamsi sors illa seu pecunia ducentorum aureorum, dum in hypothecis subjectum haberet, inter immobilia censeri cui videretur, quod in nonnullis locis moribus receptum esse scimus: quia tamen propter redemptionis interpositum pactum, quam creditor, quocunque ad hoc præscripto tempore deberi visa est, à perpetuitate aliena, moventium appellat, in dubio venire videtur. Deinde atque ex alio capite, quandoquidem post luitionem illam factam, pecunia illa rebus, quæ soli sunt, inhærere desiit, sed ad Hedvigam pervenit, etsi debitum factum sit, personale est, & moventium erit numero, tantum abest, ut pro immobili habeatur.

Consequens igitur est, pecuniam † illam in reditus expensam à re, in qua subjectum habebat, redemptione avulsam, & Hedvigi contigisse, neq; precii numero esse, ut in rei locum succedat, neque naturam sapere ejus, quod pignori datum erat: ex eo, quod res illa non est perempta, ut in subsidium precium reciperet, neque in universali judicio negocium contravertitur, quibus casibus precium rei loco succedere convenit, *l. mater. C. de jud. l. si rem & precium, ubi Bart. quoque, ff. de petit. hæred. Bald. in l. venditor, ff. de hæred. vel actio. vend.* 2

Neque hæredibus † jus quæsitum à morte D. Ulrichi Fabricii, contra uxorem in hisce rebus videri posset, ut quæ pignori tantum erant apud debitores relictæ, quibus facultas erat luitionem facere, quod & factum est. Sed & Hedvigam reditus post defunctum maritum usucapere, & sor- 3

tem recipere permiserunt, ex quo capite exceptione submoverentur, etiamsi juris aliquid vindicare contenderent. Sub hac autem conditione oporteret jus sibi ut successores universales quæsissent, si bona illa non essent redempta, modo juris quæsiti appellatione venit, quòd purè quæsitum est, utrumq; in casum aliquem differatur, ut in feudo antiquo, atq; id genus aliis rebus respõdemus: *accedit l. si ita scripsisses. ff. de lega. 2. & habet Lud. Ro. cons. 152.*

4 Non admodum referre puto, † brevi an longo tempore reditus annuus steterit, quando perpetuus non erat, ut in 1. quæstione est relatum. Insuper jus redimendi facit, ut brevi stetisse videri posset, per locum à contrario sensu.

Præter hoc quod tempus non est modus inducendæ vel tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè, §. placet. ff. de oblig. & act.*

Quandoquidem pecunia illa non inhæret rei, ut sortis nomen habeat, sed Hedvigi per luitionem pignoris contigit, non secus atq; præstatio propter temporis lapsum aut cessum diem inter moventia haberi debet, *per Alexand. & Dd. in*
5 *d. l. moventium.* & hoc † ad similitudinem fructuum separatorum, qui fundi pars non sunt, sed inter moventia existimantur, *l. fructus pendentes. ff. de rei vend. tradit Felyn. in l. fur. ff. de usufruct. & Durandus in titul. de fructib. & interesse, §. 1. ver. sed pone.*

Nihil referre video, si dimidium pecuniæ Hedvigis fuerit, nam & hoc fortè hæredes admittent, alterum dimidium petentes, cujus etiam ex hoc capite non tam causam habere videntur, quod Hedvigam à morte mariti reditus illos vini longo tempore accipere, adeo-
6 que usucapere sunt passi, quando rem, quæ † soli est, longo tempore, eam verò quæ mobilis, triennio usucapi sit constitutum, *l. 1. C. de usucap. transfor. & §. & ideò constitutionem, Instit. de usucapion.*

Si quando præstatio illa annua vini defuncto Ulricho Fabricio, redempta sit, & pecunia uxori, seu viduæ relictæ, numerata, non video, ut de contractu admodum soliciti esse debeamus,
7 ut qui jam solutus est, cùm recepti sit juris, si † in eum casum res redigatur, à quo incipere non poterit, extingui obligationem, *l. existimo posse, & l. pluribus rebus, cum similib. ff. de verb. obligat. & habent Bartol. atque Paul. de Castr. ibidem eleganter.*

8 Marpurgi, † atque in adjacenti ditione moribus introductum est, ut pecunia non solùm in annuas præstationes, salvo jure redimendi, collata, sed etiam pignora ipsa inter mobilia habeantur, eaque conjuges sine liberis defuncti sibi invicem perpetuò deferre soleant: Secundùm quam consuetudinem in judicio etiam utcunq; cõtradictorio pronunciatur. Veruntamen Guilhelmus junior Hassiæ Landgravius ordinationem quandam provincialem promulgavit 1497. in qua est, ut ex duobus conjugibus, si alter sine liberis diem suum obiisset, alter in omnibus bonis, quæ vel alter alteri attulisset, vel stante matrimonio comparassent, superstes usumfructum retineat, & eo etiam defuncto, ad utriusq; conjugis hæredes dimidium talis modi bonorum deferatur: verum non audio illud unquam fuisse in usu, quando secundum eam observationem, cujus mentionem fecimus, judicari soleat.

Si loci consuetudo prædictam Hedvigam minus tueatur, aliis juvari posset, nempè ut dispiceretur, quæ nam † sint pacta nuptialia, si donatio propter nuptias ab hæredibus solvenda ad- 9
huc sit: aut si uxor non tam locuples relicta, quando omnium bonorum quartam partem, aut triuncium habere debeat, & sic pecuniam quæstionis compensare detur, per *Authen. de exhiben. & introduc. reis. §. quoniam verò, & Authen. præterea, C. unde vir & uxor. habet Mathesilanus cum Bolognino in postremo tractatu, de success. intest.*

1. Summatim igitur & breviter in hoc casu sic colligo & concludo, pecuniam seu precium ex pensione redimibili redemptum non posse inter immobilia seu bona, quæ soli sunt, censeri vel haberi.

2. Adhæc temperamentum illud & distinctionem Doctorum, inter annuos reditus perpetuos, & brevi tempore duraturos, atque etiam ex pacto retrovendendi redemptos, in casu nostro cumprimis perpeudendam & observandam esse.

3. Pro indubitato etiam esse, si dies solutionis reditus cessit, ut deberi incipiat, utique inter mobilia censeri.

4. Est item pensio, præstatio quædam personalis. Quòd si verò annalis pręstatio merè personale debitum contineat, mobilium numero potius censeatur. Hujus autem pensionis plaustri vini præstatio minimè fuit octennalis, nedum decennalis, ergò non fuit perpetua, neq; in numero immobilium, sed imò mobilium rerum habenda.

5. Pecunia ipsa 200. aureorum ad annuum reditum plaustri vini cum pacto retrovendendi quandocunque &c. collata, restituta est parti principali contrahenti & paciscenti, idque inter paucos annos, ut suprà dictum est. Ergo pensionis ipsius præstatio à perpetuitate re ipsa, ipsoque facto aliena fuit, & mobilium nomine censeri debet.

6. Reditus autem redemptionis interpositum pactum, redemptione ipsa actualiter secura, facit, ut pensio & præstatio illa plaustri vini omninò brevi tempore deberi visa sit, & pro re mobili putanda.

7. Cæterùm & pecunia illa ducentorum aureorum post binam factam denunciationem redemptionis oblato precio uxori Hedvigi superstiti, à Monialibus venditribus soluta est: sicque illa pecunia, rebus, quæ soli sunt, inhærere desiit. Et si debitum sit, personale est, & moventium rerum loco est & numero, atque uxori Hedvigi debetur, &c. ut supra deductum est.

Quod ita in hac causa censeo, & juris esse, ego Johannes Ferrarius Montanus: Salvo tamen cujuscunque melius sentientis judicio.

CONSI-

Consilium III.
Quod est
JOANNIS OLDENDORpii Jurisconsulti.
SUMMARIA.

1 *Consuetudo loci, ut uxor praeferatur omnibus praeter liberos, cognatis.*
2 *Causa haec non ad subtilitatem juris, sed ad simplicitatem boni & aequi exigenda est.*
3 *Sub autoritate juris scientiae solet interdum perniciosè errari.*
4 *Quilibet censetur sine Testamento mortuus, nisi scripta voluntas doceatur.*
5 *Negativa quae juris praesumptione juvatur, videtur eo ipso probasse, quod nemo probat contrarium.*
6 *Legitimam consuetudinem non esse probatam.*
7 *Consuetudinis probationem duplici lite confirmari necessarium est.*
8 *Sententia prior & posterior numero singulari vocatur.*
9 *Arbitri sententia non firmat consuetudinem.*
10 *Actus privati non probant consuetudinem.*
11 *Consuetudo non censetur, quae non est legitima.*
12 *Differt corruptela & consuetudo.*
13 *Mos ex diametro pugnans cum lege scripta.*
14 *Vulgo observatio suspecta, frequenter in pessimos solet errores degenerare.*
15 *Judex debet omnia rationibus expendere.*
16 *Consuetudo praecedens, & ratio quae eam suasit custodienda est.*

TOTA vis hujus causae inter Joannem de Fargel, cum litis consortibus, petentem ab intestato haereditatem, & Elizabeth, Friderici Monsters relictam,
1 quae excipit, consuetudinem † in illa civitate Hamelen observari, ut uxor praeferatur omnibus praeter liberos, cognatis: in hoc duntaxat cernitur, utrum mulier rea talem consuetudinis exceptionem legitimè probaverit, an non.

Extant consilia in utramq; partem satis prolixa. Iudex autem prioris instantiae secutus consuetudinem, quasi probatam testibus, mulierem absolvit à petitione haereditatis, actores appellarūt: Jam quaeritur, quid sit faciendum judici appella-
2 to? Qua in re, ut veritatem paucis ostendam, † oportet hanc causam non ad subtilitatem juris, sed ad simplicitatem boni & aequi exigere: est enim talis, in qua sub autoritate juris scientiae solet per-
3 niciosè † errari, sicut Paulus verbis Celsi dicit *in l. si servum stipulatus, §. sequitur videre. ff. de verb. obligat.*

In altero itaq; consilio putat autor mulierem proptereà condemnandam actoribus, quia non probaverit totam exceptionem suam, videlicet quòd consuetudo civitatis praeferat uxorem cognatis mortui ab intestato. Et, quod maritus fuerit ab intestato mortuus. Porrò, quamvis de consuetudine satis constet, non tamen probavit, quòd maritus sit ab intestato mortuus, & ad hoc multa allegat ex summo jure.

In altero autem consilio autores praesupponunt primùm consuetudinem, ut mulier praeferatur omnibus cognatis, simpliciter valere, deinde in hac causa satis probatam esse, consequenter existimant, mulierem non teneri ad probandum, quod maritus sit ab intestato defunctus, quid quilibet censetur sine testamento mortuus, nisi scripta † voluntas doceatur, *l. intestatus ff de verb.* 4
signif. instit. de hered. quae ab intestat. def. in prin. gl. in l. 1. C. qui test. face. poss. & in l. super servis, C. qui mil. non possunt. Bart. in l. is potest. ff. de acquir. hered. † Cum itaque mulier alleget negativam, quae 5
juris praesumptione juvatur, videbitur eo ipso probasse, quod nemo probat contrarium, ut docet Angel. *in l. multum. §. 1. ff. de acquir hered.* Bart. *in l. si constante, in prin. l. conficiuntur. §. codicilli. ff. de jure codicill. & in l. fin. §. licentia danda, C. de jure deliber.*

Haec omnia certè extra causam praesentem adducuntur, siquidem ego constanter nego, quòd mulier probaverit legitimam † consuetudinem, 6
quae uxorem praeferat omnibus cognatis defuncti mariti. Nam primaria ratio probandae consuetudinis in hoc versatur, ut appareat secundum eam fuisse semel atque iterum solenniter judicatum. Ulpianus *ff. de legibus.* Cum de consuetudine (inquit) civitatis, vel provinciae confidere quis videtur, primùm quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradictio aliquando judicio consuetudo firmata sit, sed in hac causa extant testimonia multorum, qui dixerunt articulos mulieris de consuetudine esse veros: non autem sunt concordes in hoc, quando & quoties secundùm eam judicatum sit, ergò prorsus nihil probatur talibus testimoniis.

† Adeò autem necessarium est consuetudinis probationem saltem duplici lite confirmari, ut 7
non sufficerent duae sententiae ex eadem causa dictae, *arg. l. qui bis idem. ff. de verbor. obl. c. cum causa, de re jud.* † Ibi enim numero singulari vocat sen- 8
tentiam priorem & posteriorem. † Arbitri quoq; 9
sententia non firmat consuetudinem, ut rectissimè tradit Joan. Andreae *in cap. Abbate, de verb. signif.* † Multò minus privati actus probant con- 10
suetudinem, quantumlibet multiplicati, quando tendunt contra juris praecepta, † quoniam 11
consuetudo censeri non potest, quae non sit legitima, *ca. Cumana, de elect. & ibi Abbas*, † alioqui 12
nulla esset differentia inter corruptelam & consuetudinem. *c. 1. de consuetud. l. ult. C. quae sit long. consuetud.*

Verum est, quod consuetudo potest incipere antea quam ex ea judicetur, sicut communiter Dd. diffiniunt, reprobata glossa *in c. Abbate, de verb. sign.* ubi Panor. testatur, *& in c. fin. de consuet.* Quod tamen intelligi oportet de his causis, in quibus scriptis legibus non utimur, ut dicit Julianus *in l. de quibus, in prin. ff. de legibus.* † Caete- 13
rum quando mos ex diametro pugnat cum lege scripta, aut cum ratione, tunc nulla potest via probari, praeterquam judiciali autoritate. † Nam 14
omnes legislatores habent suspectam vulgi observationem, quae frequenter in pessimos solet errores degenerare, praesertim hoc seculo longè corruptissimo. Nisi ergo Magistratus judicando in simili causa approbaverit tacitè consuetudinem, nunquam probabitur ex solis actionibus privatis. † Judex enim solet omnia rationibus ex- 15

 pendere,

pendere, & lex præsumit, quòd id faciat, hoc est, quod existimet aliquam subesse rationem, quæ exigat eo loci sic observandum esse, propter certas circumstantias: Ideoque Imperator *in l. 1.*
16 *C. quæ sit long. cons.* Nam † & consuetudo (inquit) præcedens, & ratio quæ consuetudinem suasit, custodienda est, idque respexit Ulpianus *in l. cum de consuetudine. ff. de legib.* Ex hoc sensu est verissima glossæ ac aliorum sententia *in cap. Abbate, de verb. signif.* Imò potest omnium Dd. disputatio ex bono & æquo conciliari, alioqui, si à nuda observatione vulgi argueremus ad probandam consuetudinem, sequeretur quod omnes planè mores improbissimi possent censeri jus, quia frequentur.

In proposita itaq; causa, consuetudo, quã mulier allegat, ut præferatur in successione mariti intestati omnibus cognatis, est contra jus commune, quod postremo loco vocat uxorem, & merito: est enim extra familiam, *l. qui in adoptionem. ff. de adoptionibus. l. 1. C. inter vir. & uxorem, l. non ideò minus, C. de hered. inst. l. affinitatis, C. communia, de success.* Quapropter valdè suspecta est, quod non tacito civiũ consensu, sed potius ignavia & blanditiis quorundã conjugum ita contigerit, qui successores suos in sano effectu spoliaverint omnibus fortunis: Quam rationem perpendentes prudentissimi legislatores, prohibuerunt donationem inter virum & uxorem, *l. 1. ff. de donat. inter vir. & uxorem.*

Ergo non sufficit mulierẽ probasse, quod multi fatui in illa civitate, cum essent ex familia ab intestato mortui, nihilo tamen minus passi sint præferri uxorem, vel uxore mortua, maritum: quid enim hoc est aliud quàm ostendere factum quoddam & historiã nudam? potuissent enim illi suis quoq; bonis renunciare, quod tamẽ alii jus suum persequẽti non potest obesse, juxta regulam, Res inter alios actas alii non nocere. Sed oportet probare quòd aliquando, cum unus vel alter vellet contradicere tali de successione consuetudini, Magistratum tunc certa ratione motum cognovisse, atq; judicialiter pronunciasse secundũ eam, haud dubiè non facturum id nisi veritatem scivissent & circũstãtias, propter quas civitati magis sic conveniret, quam jus commune. Hoc autẽ minimè gentium mulier rea probavit, ideoq; non elevavit firmissimã actorum hęreditatis petitionem.

Neque verò tam levis est res, uxorem præferri fratribus, filiis fratrum, cæterisve cognatis. Fortunas item à Deo donatas auferri prorsus sanguini in alienam familiam translatas, naturam denique contemni, prælata civili autoritate. Non est res (inquam) adeò levis ęstimanda, ut sufficiat dicere: Ille & ille ita fecerunt, ergo est consuetudo, ergo cæteri cives consentiunt in illud enorme gravamen, quod certè contra naturam est aliquo modo, *l. nemo judex. C. de sent. & interl. omn. jud.* cum non exemplis, sed legibus judicandum sit.

Ex quibus infero, quod in altero consilio malè præsupponitur, allegatam consuetudinem à muliere probatam esse, quoniam frequentia casuum (ut ipsi vocant) non facit jus consuetudinarium. Et illi ipsi autores multò rectius ibidem referunt Bartolum dicentem, ex sententia judicis colligi consensum majoris partis populi, ex cõsensu rursus introduci consuetudinem, quam pro lege servamus. *d. l. de quib.* Paulò item inferius dicunt in hac causa ex actis apparere, quòd aliàs secundùm consuetudinem, aliàs contra eam sit judicatum, ideoque non esse legitimè probatum, nec mereri nomen consuetudinis allegantes ad hoc glossam *in l. cum de consuet. ff. de leg.* Deniq; melius ad finẽ consilii perpendunt æquum esse ac rationi consentaneum, ut cognati ad decimum usq; gradum præferantur uxori fortè sterili, *teste gloss. in §. fin. instit. de success. cognatorum.*

Et in summa concludo, Actores habere fundatam petitionem hereditatis jure naturali & civili: Sententiam autem prioris judicis omnibus modis iniquam, & ab ea benè appellatum esse.

Joannes Oldendorpius juris Doctor manu propria subscripsit.

CONSILIUM IV.

Quod est

JOHANNIS OLDENDORPII Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Possessio & spolium sunt duo extrema, quæ ad judicium recuperandæ possessionis exiguntur.*
2 *Possessionis quæstio est expeditior.*

QUÆSITUM est à me, utrum is, qui in actione spolii defecerit, quia non possit probare possessionem, redeat justè ad petitorium judicium.

Respondeo, indubitati juris esse, quod possit: primùm enim, possessorium & petitorium rectè proponuntur eodem libello, ut probat Bart. *in l. naturaliter. §. nihil commune, ff. de acquir. possess.* & ibi cõmuniter alii Dd. Abbas *in c. dilectus, de caus. poss. & propr.* Possunt item separatim tractari, cum nulla sit communio alterius cum altero. Igitur nihil vetat cum vindicare rem domino, cujus spolium probare non poterat.

In præsente autem causa si dubitetur, utrũ illa duo extrema, quæ ad judicium recuperandæ pos- 1
sessionis exigũtur, videlicet possessio & spolium, possint probari, certè non expedit intendere judicium possessorium, sed utilissimum est, prosequi petitorium, quod instrumẽto Redituario ad amussim probatur. Quanquã † enim possessionis 2
quęstio videri possit expeditior, *juxta §. cõmodum autem, Inst. de interdict.* tamen secundum propositum mihi factum utilius est actione personali adversus successorem decimarum experiri.

Joannes Oldendorpius J. U. Doctor subscripsit.

CONSILIUM V.

Quod est

JOHANNIS OLDENDORPII Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Satius investigare genus, si contraria juxta se posita, conferantur.*
2 *Qui suo jure utitur, nemini facit injuriam, hujus argumenti explicatio num. 11.*

3 *Judi-*

3 *Judiciū est ordinatio divina, Explicatio nu. 12.*
4 *Divina autoritate permittitur læsis implorare auxilium magistratus, explicatio nu. 13.*
5 *Interdum iniquum esse censetur hominem privatum, & magis Rempublicam urgeri ad molestiam judiciariam.*
6 *Quod exemplum perniciosum est, id vehementer debet abominari & effugi.*
7 *Veteres Romani judiciorū molestias abhorrebāt.*
8 *Ejus qui lites execratur, verecundia, non est vituperanda.*
9 *Sacerdotium & Imperium, civili computatione, non multum distant.*
10 *Ecclesia non potest significātius explicari, quàm ut dicatur Christi populus.*
11 *Injuriam nemini facit, qui jure suo utitur.*
12 *Judicium est bona Dei ordinatio.*
13 *Magistratus auxilium implorandum est.*
14 *Imperator potest privilegia juxta naturalem æquitatem moderare.*
15 *Nemo est audiendus de restitutione, nisi ejectio probetur.*
16 *Dejector, si in continenti paratus est probare jus suum, non debet de supervacanea restitutione disputari.*
17 *Exceptio pacti repellit restitutionem.*
18 *Qui precario vel conditionaliter possidet, de spolio non potest conqueri.*
19 *Judex boni viri officio fungi debet.*
20 *Sacerdotes præ cæteris hominibus singularia habent privilegia.*
21 *In causis ecclesiasticis leges cedunt Canonicis constitutionibus.*
22 *Friderici II. Imperatoris constitutio in favorem Ecclesiæ introducta, & quomodo ea intelligenda sit. & num. 5.*
23 *Bonifacii Pontificis decretum de immunitate Clericorum, ex diametro pugnat cum ordinatione divina.*
24 *Ecclesia cultrix & auctrix justitiæ, non patitur quid vel in se, vel in aliū, contra justitiā fieri.*
25 *Ubi necessitas exigit, imponuntur etiam ecclesiasticis onera, quia nulla constitutio est, à qua propter publicā utilitatem non sit recedendū.*
26 *Nihil tam congruum est humanæ fidei, quàm ea quæ placuere servare.*
27 *Privilegium lædens Rempubl. ipso jure cessat.*
28 *Nemo cum alterius detrimento locupletetur, & num. 14.*
29 *Publica utilitas privatorum commodis preferenda est.*
30 *Privilegiū nullum adversus Rempub. dari potest.*
31 *Privilegium militis ad alterius injuriam non trahitur.*
32 *Privilegia primitus utiliter concessa, tamen cum incipiūt esse nocifera, sunt protinus abrogāda.*
33 *Successores debent mutare constituta prædecessorum, cum vident ea magis obesse, quam prodesse.*
34 *Administratores Reipubl. curare debent, ut damnosa amoveantur.*
35 *Cessante causa, cessat & ejus effectus.*
36 *Indignissimum esset, inde proficisci injuriam, unde jura nasci solent.*
37 *Princeps quo majorem habet potestatem, eò minus vult lædere publicam utilitatem.*
38 *Princeps non ut homo, sed quasi lex animata imperat.*
39 *Privilegia ex bono & æquo interpretanda sunt.*
40 *Mutatione temporis, mutantur & mores.*
41 *Qui omnia dicit nihil excludit.*
42 *Confirmatio privilegii nihil magis operatur, quàm quod ipsum privilegium in se continet.*
43 *Jus scriptum qualiter confirmet privilegia Ecclesiastica.*
44 *Longissimi temporis præscriptio omnes actiones infringit.*
45 *Mutationes rerum nullū habent certum tēpus.*
46 *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides nihil prodest.*
47 *Secundùm varietatem temporum etiam variantur statuta.*

VERISSIMA sanè ac infinitis omnium seculorum exemplis approbata est Curtii sententia: Regum opes, adulatione sæpius, quàm hostibus subverti. Tam latens est & perniciosum, ubi tandem irrepserit, assentationis venenum. Anaxag. dicere solebat: Adulatores esse divitum σκώληκας, hoc est, vermes: quippè quòd illi, qui ab assentatoribus falsa semper suggestione corroduntur, pediculari morbo obnoxii sint.

Damnatur item vehementer adulatio in sacris literis: estque terribile exemplum de Herode, *Actor. 12.* Is enim cùm delectaretur adulatione stulti populi passim acclamātis: Vox Dei, non hominis, confestim mortuus cecidit. Graviter Plutarchus adsentationis morbū detestatur in eo libello, quo ostendit, quantum ab amico differat adulator, hoc est, qui captat occasionem quamcunq;, ut favorem emereatur, suadeatq; pro veris falsa. Plena est scriptura admonitionibus piis adversus adulatores. Est qui nequiter se humiliat, & interiora ejus plena sunt dolo, *Eccles. 19.* Simulator ore decipit amicum suum, *Proverb. 11.* Væ, qui potum dat amico, mittens fel suum, & inebrians, ut aspiciat nuditatem ejus, *Abac. 2.* Iudas adulator nefandissimo osculo filium Dei prodidit, *Luc. 22.* Apostolus denique, Nunquam, inquit, per sermonem adulationis versati sumus, nec per occasionem avaritiæ, Deus est testis. *1. Thessal. 2.* Unde vel adversus portas inferorum, atque universos impostores evincitur, amico vera monenti, maximas deberi gratias, ac impium planè cor esse, quod secus statuat.

Itaq; Deo gratum est, & bonos viros decet, veritatem ingenua fronte profiteri, neminemq; vera admonentem contemnere. Generosus certè animus non potest ferre servilem illam palpitationem, cujus exitus est inanis pœnitentia. Eleganter Cicero: Cavendum est, inquit, ne assentatoribus patefaciamus aures, nec adulari nos sinamus, *Offic. lib. 1.* Quamobrem in ea, quæ nuper nata est inter venerabilem Clerum & amplissimū Magistratum Reipub. Coloniensis, controversia, nihil magis ex utriusq; partis dignitate cōstitui potest, quàm ut vera juris & æquitatis ratio proferatur in medium, cujus censura tandem evidenter apparet, utri fuerit subscribendum: sive arbitratu boni viri, sive judicaria solennitate lis exitum sortiri debeat. Dum enim utrinque sibi persuadent controvertentes justam esse caussam,

nec desint, qui frigidam suffundant; certè neutra pars alteri cedet, multiplicata indies controvertendi materia, ad exacerbandos litigantium animos. Proinde, quò magis de jure Cleri & magistratus occurrat indubitata definitio, secundum quam respondere oporteat apud judices vel arbitros; narranda primùm est facti historia cum circumstantiis: Deinde colligenda sunt capita juris, quæ controvertuntur: Postremò videndum, quid in singulis statuat jus & æquitas, ipsa scilicet veritate, omnibus amicis prælata.

Inter cæteras privilegiorum species habebat Clerus Coloniensis immunitatem vectigalis publici: utebatur item molis quibusdam manuariis ad usum frumentarium: Denique vina sua quartariis sextariisque vendebat sine contributione, cùm reliqui cives octavam, & aliquando sextam vinorum partem fisco dependerent.

Postea adauctis quotidiè sumptibus domi & foris sustinendæ civitatis, & facta in annos duriore temporis conditione: cùm multarum rerum & æris alieni necessitas dictaret, ut publicis illationibus aliquanto diligentius prospiceretur, ne soli cives nimium gravarentur, convenit tandem inter Clerum & Magistratum Coloniensem, ut per aliquot annos Ecclesiastici quoq; solverent vectigal ordinarium: transferrent item molas ad Rempublicam, sicut reliqui cives fecissent: denique ut à prædicta distractione vinaria abstinerēt. Adjectum autem cōventioni fuit, ut post lapsum tempus præscriptum, tractarentur ea de re conditiones ex bono & æquo tolerabiles.

Jam Clerus dissimulans posterioris conventionis caput, de novis conditionibus recipiendis, petit sibi vectigal remitti, molas restitui, ac negociationis vinariæ exercitium non impediri: causatus, contra libertatem ecclesiasticam esse talia subire onera. Opponit privilegia, partim quæ cū omnibus ubiq; Clericis sunt ex scripto jure communia, partim quæ ipsi Clero Coloniensi ab Imperatoribus clementer concessa sunt.

Magistratus verò Coloniensis nomine Reipub. asserit talibus privilegiis ad perniciem usq; gravari civitatem, cujus emolumenta in solis civium illationibus consistunt: quòd si tam numerosa Cleri multitudo eximatur hisce rerum oneribus, futurum esse, ut populus Christi ad extremam calamitatem pertrahatur. Præterea allegatur posterius conventionis caput: Placuisse semel utriq; parti, ut post elapsa conventionis tempora, denuò de tolerabilibus negocii modis transigeretur, præsertim, quod hoc tempore, non tam de amittenda Cleri libertate, quòd de non usurpandis rebus civilibus controversia esset.

Imperator autem noster Carolus V. Augustus princeps optimus, graviter admodum perpensis hujus causæ circumstantiis, existimat, controversiam honestius atque utilius multò apud arbitros autoritate sua datos, quàm apud judices disceptari posse ac definiri. Clerus tamē ad persecutionem judicii rediens, vocavit Magistratum in jus Cæsareum, repetens privilegia, quasi per spolium (ut ipsi vocant) erepta. Hinc discutienda sunt capita, quæ ex jure nunc trahuntur in controversiam.

I. Rectène fecerit Clerus, quod Magistratum Coloniensem in jus vocaverit? sitque ne causa hæc talis, & ad judicium pertineat?

II. An privilegia scripti juris cōmunia omnibus Ecclesiasticis, adjuvent intentionem Cleri Coloniensis in hac causa.

III. Utrum concessio specialis Imperatorum tribuat Clero jus privilegiarium adversus Rempub. Coloniensem?

IV. Utrū Imperatoris nostri Caroli V. Principis optimi cōfirmatio privilegiorum omnium tribuat Clero aliquid juris.

V. Utrum ex longissimo usu privilegii controversi, accedat Clero aliquid juris.

AD PRIMAM QUÆSTIONEM RESPONSUM.

EXCUTIENDA erit hæc quæstio, sicut & sequentes, in utramque partem, quo magis veritas appareat. Nam† convenit 1 inter omnes, commodissimum esse investigandi genus, si contraria juxta se posita conferantur, *Instit. de his, qui sui vel alieni juris sunt, & de tutel. in princip. l. Pomponius scribit. §. sed & is. ff. de procuratorib. l. 1 §. stipulationum istarum. ff. de pretor. stipulation.*

I. Videtur, quòd Clerus Coloniensis rectè in jus vocaverit Magistratum. Qui† enim utitur suo 2 jure, is nemini facit injuriam, *l. injuriarum actione quæ heredi. §. 1. ff. de injur. l. illud, quod in oratione in princ. ff. de petit. hered.* Sed Clerus persequitur jus suum apud judicem, Ergò neminem injuria gravat.

II. Judicium† est bona Dei ordinatio, *Roman.* 3 *13.* Sed bonis ordinationibus possunt etiam Ecclesiastici sine reprehensione uti, Ergò nihil est in Clero reprehendendum propter judiciariam persecutionem.

III. Autoritate † divina permittitur post admonitionem privatam invocare publicum Magistratus auxilium, juxta illud: Quod si te non audierit, dic Ecclesiæ, *Matthæi 18. Luc. 17. cap. Novit ille, de jud.* Clerus autem admonuit Magistratum Coloniensem, ut ei restitueret immunitatem vectigalium, molas & vinariam negotiationem. Cùm igitur id recusaretur, quid reliquum erat, quàm ut adiretur judex. 4

IV. Colonia Agrippina cùm sit Imperii civitas, immediatè subjecta est judicio Cæsareo: Rectè igitur ad tale judicium, velut supremum, Magistratus Coloniensis vocari potuit.

Speciosa quidem hæc sunt in suo genere argumenta, sed quam vim habeant in hac lite, sequentes rationes demonstrabunt.

Ex contrario itaque verissimum est, Clerum Coloniensem in hac causa non rectè provocasse ad judicium.

I. Iniquum est aliquando † privatum hominem, multò magis Rempub. urgeri ad judiciariam subtilitatem & molestiam, si vel ex parte offerat satisfactionem arbitratu boni viri, *Paulus in l. si reus ff. de procur.* Neque enim (ait) æquum est, aut judicio adstringi, aut ad justificationem compelli eum, qui sine judicio dare partē paratus est. 5

Verum, Magistratus Coloniensis obtulit se, & nunc quoq; offert arbitrio Cæsareæ Majestatis, ac totius Imperii, omniumq; bonorum virorum, qui ex

qui ex bono & æquo, hoc est, secundùm omnes circumstantias hanc controversiam, semotis affectibus, audituri fuerint. Igitur Clero non licuit adversus Rempublicam in judiciarios strepitus irruere, quos præ omnibus aliis debeat aspernari, velut rem Ecclesiastico ordini non admodum convenientem, & in hac causa minimè necessariam.

6 II. Quod † exemplo perniciosum est, id vehementer evitare oportet, etiam in privatis negociis, multò magis in publicis, *l. exemplo. C. de probat. Cicer. de legib. lib. 3.* Iam est res mali exempli, & profectò ecclesiasticæ dignitati multum detrahit, quod cum Magistratus Coloniensis cupiat hanc controversiam ex bono & æquo componi, ne Respubl. summo jure ad irrecuperabilem jacturam pertrahatur: Clerus tamen malit judiciorum rigorem aucupari, etiamsi durius quid eventurum fuerit. Si hoc enim faciat totus ordo ecclesiasticus, quid expectandum fuerit de privatis personis? Si præcipui Ecclesiæ viri hujus erroris convincantur, quis erudiet tandem membra? juxta illud *Matth. 5.* Quòd si sal infatuatus fuerit, quomodo salietur?

7 Romani olim, cùm † Christum adhuc ignorarent, lumine naturali, atque honestatis imbuti præceptis, judiciorum molestias abhorrere solebant, nec bonum virum existimabant eum, qui frequenter in his versaretur suo nomine. *Ulp. in l. item si reo. §. potest autem. ff. de alien. judic. mutan.*
8 *caus. fact.* Hæc enim † verecundia (inquit) & cogitatio ejus, qui lites execratur, non est vituperanda. Justinianus item Imperator: Nunc admonendi sumus (ait) magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigãdum procederent, quod & nobis studio est. *Instit. de pœn. temer. litigant. in princip.*

III. Si negotium istud intus expendatur, manifestè patebit, Clerũ Coloniensem adversus seip-
9 sum pugnare, quoniam † civili cõparatione non multum distant Ecclesia & Respublica, vel (ut Justinianus appellat,) Sacerdotium & Imperium, quorum illud quidem divinis ministrans, hoc autem humanis præsidens ex uno principio procedunt, & eodem tendunt, hoc est, ad Christum. *Novell. quom. oport. Episc. in princ. const. 6.*

Eam ob rem inter exempla publici juris referuntur Sacerdotes, ut Magistratus *in l. 1. § 1. ff. de just. & jur.* Ecclesia enim & Respub. paribus ambulãt passibus, & eodem favore donantur. *l. fin. C. de sacros. eccles. Novel. de non alienand. aut permutand. § fin. minus igitur, Constit. 6.*

10 Verbum † quoq; ipsum Ecclesia non potest significãtius explicari, quàm ut dicatur Christi populus. Græca enim vox ἐκκλησία multitudo dicitur: Cœtus vel congregatio, non qualiscunque, sed conciliata in unam societatem. Apostolus *ad Corinth.* Ecclesiæ Dei (inquit) quæ est *Corinthii, & Coloss. 1.* Pro corpore ipsius (ait) quod est Ecclesia. Augustinus pulchrè, *distinct. 93 c. legimus.*

Dum ergo Clerus Coloniensis agit adversus Magistratum, revera pars populi litem infert reliquo populo, & ecclesia molestat ecclesiã ejusdem civitatis. Idẽ enim populus Coloniæ Agrippinæ, & ecclesiam constituit & rempublicã. Ecclesiam, quatenus societate quadã in eandem doctrinam Christi, & iisdem sacramentis conjunctus est. Rempub. & civitatem, quatenus universitate civili secundum leges & politicam administrationem copulatus est in unum locum. Et consequenter, Omnia publica, nullius sunt privati vel hominis vel ordinis, sed ecclesiæ, hoc est, reipubl. seu universitatis Coloniensis. *Inst. de rerum divis. §. nullius, l. in tantum. § 1. ff. eodem tit.*

Quòd si quis elusurus hanc rationem verissimam, voluerit restringere significationem ecclesiæ ad eos tantùm, qui negocium religionis tractant, secundùm vulgarem modum loquendi, *ut in titul. C. de sacrosanct. eccles.* Is certè in eandem pertrahetur sententiam, quia & tunc cogitãdum est diligenter, utrum talis ecclesia sit in republ. an verò Respub. in Ecclesia? sintné ministri seu clerici propter ecclesiam, an ecclesia propter ministros? Si deniq; contingeret (quod Deus avertat) rempublicam Coloniensem perire, quid tũ fuerit de ecclesia futurum? Igitur quocunq; vertatur argumẽtatio, res ipsa palàm evincit, ecclesiasticos, qui rempubl. in hac causa pertrahunt ad judicem, propterea, ut id, quod civitas ferre non potest, rigore juris extorqueant, adversus se ipsos contendere, non minus certè, quàm si quis navem, qua vehatur incautus perforet, aut evertat.

Non repugnant ea, quæ superius propter evidentiorem juris collationem allegata sunt.

I. Qui utitur jure suo, non facit injuriam. Sed Clerus utitur jure suo, Ergo non facit injuriam. Neq; major simpliciter tenet, neq; minor procedit in hac causa. Utens † enim jure suo sine publica læsione, non facit injuriam: alioquin, si quis 11
læsurus Rempublicam, dicat se suo jure uti velle, non est audiendus, tametsi neminem lædat privatim. *l. 1. §. si quis sub specie. ff. de via publica.* Minor nullo modo hic constat, quia Clerus Coloniensis hoc tempore nullum jus ex privilegio isto habet, sicut inferius sole clarius apparebit. Ergò non potest pro jure allegari.

II. Judiciũ est bona Dei ordinatio, sed bonis ordinationibus potest Clerus uti. Ergò etiam judicio rectè utitur. Determinanda est major hoc modo: Judicium † censetur bona Dei ordinatio, 12
videlicet, his personis & rebus, quibus lege divina & humana conceditur, propter imminentẽ persequendi juris sui necessitatem. Qui ergo contra legis præcepta vel bonos mores, aut sine necessitate, & multò magis, si absq; ulla competente actione judicem adierit, is non utitur bona ordinatione, sed suum sequitur affectũ, periculo corporis & animæ. Enimverò is, qui scit, vel scire debet, sibi ab adversario nihil deberi: si agat in judicio, non de damno, sed magis de præda solicitus est, ut dicit Ulpianus *in l. si minoris, ff. de administrat. tutor.* Sic inter patrem & filium judiciaria cognitio regulariter non est bona ordinatio. *l. lis nulla. ff. de judic.* Multò minus est ordinatio bona inter Clerum & rempublicam, maximè cùm necessitatis ratio non potest verè allegari. Eodẽ modo reliquæ ordinationes politicæ sunt bonę: quibus tamen nihil est perniciosius, si in abusum trahantur, sicut potus, panis, & omnes Dei creaturæ. Itaq; non valet argumentatio ab ordinationibus bonis ad id, quod contra leges agitur, tali enim modo fit fraus legi. *l. fraus enim. ff. de legib.*

III. Au-

13 III. Autoritate † Christi permittitur, post admonitionem invocare magistratum, juxta illud: Si peccaverit in te frater tuus. Sed locus iste, si hoc debet allegari, certè stringit adversus Clerum omnibus modis. Nam respublica in negocio controverso nihil peccavit in ecclesiasticos. Imò contrà, ecclesiastici peccant graviter in rempubl. cujus emolumenta volunt eripere intolerabili privilegio. Ipsi ergò Magistratui optimo jure licet publicam autoritatem invocare, ne gravetur ad exitium: Non autem Clero permittendum est, ut gravet ac lædat Rempub. Naturalis enim regula est: Deteriorem censeri causam ejus, qui de lucro contendit. *l. in eo quod. ff. de reg. jur.*

Præterea Clerus Coloniensis admonuit quidem Magistratum de restitutione privilegiorum, sed interim ex diverso Magistratus quoq; admonuit Clerum posterioris capitis, quod conventioni adjectum fuit, ut conditiones reipublicæ tolerabiles arbitratu bonorum virorum denuò tractentur. Privilegia enim per temporis vicissitudinem talia esse facta, ut salvo Reipublicæ statu exerceri non possent, etiamsi bene fuerint initio concessa. Hanc admonitionem Senatus valdè necessariam, non vult audire Clerus, sed obduratis auribus videtur dissimulare: & proinde nihil inferre potest ex admonitione sua, quam Magistratus, utut vellet, non posset tamen in detrimẽtum publicæ salutis exaudire, contra sacrosanctum, quod præstitit, jusjurandum.

IV. Colonia Agrippina immediatè subjecta est Imperio: Quare potest rectè conveniri in judicio Cæsareo, & cætera quæ huc possent allegari, nihil ad rem faciunt. Nam præter supra dicta, qualitas rei litigiosæ talis est, ut nullo modo possit ad cognitionem Cæsarei Judicii pertinere.

Primum Clerus & Senatus nihil habent, quod in Judicio Imperiali possit definiri. Convenit de privilegiis communibus atq; specialibus, quòd sint concessa: Convenit de verbis privilegiorum: Convenit de longo usu. Tantum hoc controvertitur, utrum nunc servari debeant cum gravamine publico intolerabili. Clerus dicit jure conservari: Magistratus negat bonum & æquum esse. Inter jus ergò & æquitatem, solius Imperatoris est inspectio, tali autoritate, quali promulgat novam legem. *l. 1. C. de legibus.* Constat autem Judicem Cæsareum cum adsessoribus non habere autoritatem condendæ legis.

Præterea cùm inter Clerum & Senatum Coloniensem controvertatur de abolendo jure privilegiario, certè per rerum naturam non potest hæc causa definiri apud judicem Adsessoresque Cæsareos; ii enim neq; possunt dare privilegium, neque adimere contra summum jus. Etsi Magistratus decies de æquitate probaverit, non posset tamen judicium Imperiale abolitionem pronũciare. Ergò solutio privilegii ad Cæsarem ipsum pertinet, qui potest & dare, juxta naturalem regulam. *l. nihil tam naturale. ff. de reg. jur.*

Sed dicat protinus aliquis: Nonne saltem ad Cæsareum judicium pertinet cognitio de restitutione spoliationis (ut vocant) allegatæ? Neque

14 † enim agitur de petitorio ab ecclesiasticis, qui hoc tantum petunt, ut spoliati ante omnia restituantur, & cùm quis cognoscere debeat, de jure eorum disputabitur. *c. in literis, & cum quis. de restit. spoliat. c. super eo, de ordi. cognit. 2. q. 2. & 3. q. 1. & 2. per omnia capita.* Quibus si addantur tot commentarii & adsertiones Doctorum, quis erit negaturus, eam cognitionem pertinere ad tribunal Cæsareum? præsertim, quia spoliationis privilegiaria, *c. super spoliatione, de ordin. cognit.* Sed respondendum est:

I. Nemo † est audiendus de restitutione, nisi 15
dejectio probetur, nec satis est docere possessionem, quam fortè habuerit. *c. consultationibus, de offic. delegat. c. olim. c. ad sedem. de rest. spoliat.* Sed hic Clerus sponte cessit privilegio tantisper, donec de melioribus tractaretur conditionibus. Ergò nulla probari potest in æternum dejectio violenta, cessatque restitutio.

II. Cùm † dejector ex continenti vult proba- 16
re jus suum, non est disputandum de restitutione supervacanea, secundum veriorem Doctor. sententiam, *in c. literas, de restit. spoliat. l. 3. §. ibidem, ff. ad exhibend. l. si is, à quo, in princip. ff. ut in possessio. legat.* Verùm amplissimus Coloniensis Magistratus jus suum excipiendi adversus privilegii restitutionem probat, imò probatum ipso jure, velut digitis ostendit: Ergò non potest in judicio Cameræ ulla restitutio tractari.

III. Exceptio pacti † repellit restitutionem 17
petitam, sicut Clerus ipse cum Senatu Coloniensi pactum fecit, cujus superius extat mentio. *c. accepta, de restit. spoliat.*

IV. Qui † sub conditione & ex gratia quadam 18
possedit, is non perinde causari potest restitutionem, atque ille, qui jure suo possidens, dejectus fuerit. *c. olim causam, de restit. spoliat. c. cùm ad quorundam, de excessib. prælato. l. 1. & 2. C. ut nem. priv. tit. l. 1. §. Aristo putat. ff. de vi & vi arma.*

V. Supersunt jam multæ rationes, quod adversus jus naturale seu divinum nulla est restitutio audienda. quod item prædicta de privatis cõstituta multò diligentius observanda sint in publicis: consequens est non posse admitti ullam supervacaneam restitutionis disputationem apud judicem Cæsareum, etiamsi Magistratus Coloniensis nihil exciperet, utpote † qui in summa 19
illa sacrosanctæ Justitiæ officina litibus dirimendis, non inutiliter serendis intendere debeat. Nam judex boni & innocentis viri officio fungi debet, ut dicit Ulpian. *in l. cætera. ff. famil. ercisc.* Quibus igitur auribus (ut alibi ait) audiet Clerum petentem restitutionem, quam eadem ferè hora per sententiam ipsius principis Augusti adimere oporteat in petitorio, *argumento l. si extraneus. ff. de jure dot.*

Facessant proinde tam pueriles imposturæ, quas venerabilis Clerus pro sua magnanimitate, cum rectè perpenderit, haud dubiè, vel reclamantibus ociosis istis adsentatoribus, sua sponte contemnet.

Rectissimè ergo Imperator noster Carolus V. Princeps optimus, existimavit jam multis annis hanc causam ad ordinarium litigandi tribunal, subtilemque disceptationem non pertinere, sed ad arbitratum boni viri minimè suspecti.

Qui autem dubitant de potestate Imperatoris, an istam litem possit invito Clero ad cognitionem suam, vel eorum, quos adhuc designaverit, revo-

rit, revocare, hi sanè sacrilegium censendi sunt committere, *l.2. C. de crim. sacrileg. l. sacrilegii. C. de diversf. rescript.* Ideò enim Imperialem fortunam rebus humanis Deus præposuit, ut possit omnia, quę noviter contingunt, & emendare, & componere, ac regulis competentibus tradere. Proinde posset Cæsarea majestas hisce disputationibus occurrere, sicut prius olim Antonius Julio Sabino respondit his ferè verbis: Nulli quidem hominum jus suum detrahi licere, sed ipsius Cleri Coloniensis interesse multum, ne auxilium contra intolerabilem privilegiorum læsionem Magistratui justè deprecanti negetur, *l.2. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt.*

Ex quibus omnibus certo est certius, Clero Coloniensi non licuisse Magistratum, cum quo in eadem civitate vivit, summoq; societatis vinculo conjungitur, in jus vocare, ob hanc duntaxat causam. Et quantò vehementius ista in diversam partem, per desultorias aliquot commentatorum adsertiones, pro Clero urgebantur ab adulatoribus, tantò magis apud graves viros causa ejus reddetur iniquitatis suspecta. Quanti enim negocii fuerit, inspectis obiter repertoriis, adferre sexcentos autores, qui plausibile aliquid ad intentionem Cleri dixerint? Sed quid tum postea? veritas ipsa per se lucens, nullis tandem obscurari potest hominum technis. Prima fronte si quis causam obiter inspiciat, is statim pronunciaturus est actionem Cleri jure optimo procedere.

20 I. Sacerdotibus Ægypti † rex constitutum dabat, ne tempore famis cogerentur terras suas regi vendere, sicut cæteri Ægyptii cogebantur. *Genes.4.* Levitis quoq; & Sacerdotibus Israëlis multa conservabantur præcipua: Igitur & nostris ecclesiasticis constitui præ aliis singulare aliquod jus oportet.

21 II. In causis † ecclesiasticis leges cedunt Canonibus Pontificiis, *l. omni invocatione, C. de sacr. Eccles.* Sed Bonifacius Roman. pontifex prohibuit, ne ulla Clericis imponeretur exactio, *c. Clericis laicos, de immun. eccles. lib. 6.* Ergò non vident ullis legibus posse probari, quòd Clerus Coloniensis teneatur ad vectigalia, vel possit destitui ullo jure suo.

III. Constitutio Imperat. Friderici II. irritat 22 † omnes consuetudines libertati ecclesiasticę cōtrarias, & nominatim prohibet exactiones illi imponi, sub gravissimis pœnis *tit. de statu & consuetud. contra libert. Eccles. edit.*

IV. Accedunt huc multæ leges & pontificii Canones *de sacros. Eccles. de immun. Eccles.* quibus donatur Clericis immunitas omnium onerum. Hęc omnia valdè speciosum prętextū habent, sub cujus autoritate admodū perniciosè solet errari, *l. si servum, §. sequitur, ff. de verb. obl. l. cum unus, in prin. ff. de alimen. & cibar. leg.* Et profectò secundū summi juris subtilitatem, in proposita hypothesi videtur intentionem Cleri Coloniensis esse fundatam in communibus privilegiis scripti juris. Ex diverso tamen, quod Clerus ex his scripturæ locis in causa adversus Rempublicam controversa nihil prorsus efficere possit, dictat veritas.

Et quamvis omnia non solū quæ adducta sunt, verùm etiam quæ his similia fortè huc conferantur ad probandam Cleri actionem, possent una responsione dilui. Nam in omnibus hisce concessionibus legislator vult excipi æquitatem, quæ hisce circumstātiis colligi solet. I. Si obstet necessitas, quæ nullis vult ligari sanctionibus. II. Si talis eveniat rerū conditio, quæ publicum statum lædat. III. Si scandali vel periculi ratio subsit. Quæ species in præsente negocio singulæ versantur, & obstant, ne regulæ exemptionum huc possint induci. Veruntamen, ut abundè satisfiat etiam curiosissimis hujus causæ cognitoribus, operæ precium videbitur allegatis scripturæ locis sigillatim respondere.

I. Exempla de Levitis & Sacerdotibus Ægypti & Israëlis quantū adferant probationis pro Clero Coloniensi, res ipsa demōstrat. Nam hoc effici potest ex istis aliis quæ id genus sexcentis locis, quòd Ecclesiastici sacrorum administratores ali debēt, atq; honorari ab ecclesia. Cæterùm de immunitate publicorum munerum, si quid necessariò fuerit inferendum, pro tam numerosa Cleri multitudine, qualis nunc nihil planè probari potest. Nam & ibi & ubiq; in sacris literis omnes ex æquo ad functionem publicorum onerum vocātur. Nec erant Levitæ ab his olim liberi, sed publica munera, quæ necessitas rerum dictabat, obire tenebantur. David enim suo tempore Levitas & sacerdotes eruditissimos habebat, qui publica subibant onera, *Paralipom. 23.*

Quòd si reliqua divinæ scripturæ oracula perlustres, vehementer dubitabis, num ulla juris humani exemptio possit Clericis defendi cōtra autoritatem Dei creatoris cœli & terræ, Paul. *Rom. 13. ad Tit. 3. 1. Pet. 2.* Deniq; Ambrosius, Chrysostomus, Augustinus, probatissimi patres, & ecclesiæ Doctores, unanimiter scribunt, etiam Clericos debere ordinariæ potestati, ubicunq; degant, tributum & vectigal pendere.

Sed Magistratus Coloniensis istā Camerinam nunc non movet, nec unquā passus est Cleri causam eousq; hic gentium gravari, quanquam magna fuisset occasio: tantum in his, quæ rempub. externa lædunt pernicie, cogitur, ob sacrosanctū jusjurandi religionem, totis viribus eniti, ut relaxetur intolerabilis privilegii immunitas, quæ ipsi tandem Clero non minus futura esset, quàm reipublicæ exitio, reliqua juris beneficia hactenus Coloniæ venerabili Clero sunt integra.

II. Quod allegatum est *ex c. Clericis laicos, de immunitate Eccles. li. 6.* & leges non dedignari sacrorum canonum imitationem, non est propemodum responsione dignum. Constat enim quatenus admittendi sint canones, scilicet, qui sacri censentur, non contra jus divinum vel naturale, sicut istud Bonifacii decretum ex diametro pugnat cum ordinatione Dei. 23

Præterea, si verba ejusdem injustæ constitutionis expendantur, apparebit eam loqui de hostili adversus Clerum infestatione, de parte item decima vel dimidia proventuum ecclesiasticorum non extorquenda ad contributionem. Horum autem nihil accidit Coloniæ, ubi Clerus in summo honore est, sua illi relinquuntur, nihil contribuunt, vel ad refectionem murorum, vel ad nocturnas excubias, quanquam utroque commodo non minus, quàm

quàm cives perfruantur: tantum de immunitate & negotiatione, per quam universus civitatis status everteretur, non admittenda est quæstio.

Itaque diversa ratio est multarum circumstantiarum inter hunc casum & illum, sive consideretur temporis varietas, sive rerum dissimilitudo, sive personarum numerus, qui Coloniæ in templis & Monasteriis spectatur. Et proinde non potest huc torqueri id, quod de alia re constitutum est.

Postremò, Bonifacius imprudentissimo quodam affectu, decretum istud ad perniciem magis, quàm ad utilitatem ecclesiasticorum olim promulgavit, ideoque à Clemente Pontifice Romano non propria tantùm, sed totius concilii generalis autoritate optima ratione, revocatum fuit, & ad Conciliorum definitionem redactum, propter magna pericula, partim quæ eo tempore imminebant, partim quæ animadvertebant futura, ut *in Clem. 1. de immun. Eccles.* quia ex constitutione (inquit Clemens) Bonifacii Papæ VIII. prædecessoris nostri, quæ incipit, *clericis laicos*, & ex declaratione seu declarationibus ex illa postmodum subsecutis, nonnulla scandala, pericula & incommoda gravia sunt subsecuta, & ampliora sequi (nisi celeri remedio succurratur) præsumitur verisimiliter in futurum, Nos de consilio fratrum nostrorum constitutionem & declarationem seu declarationes prædictas, & quicquid ex eis secutum est, vel ob eas, penitus revocamus, & eas habere volumus pro infectis. Ecce, si tempore illo, quo incredibili quadam simplicitate scatebat, nullis adhuc, vel certè non tantis lacessitum abusibus, nimia tamen Cleri immunitas intolerabilis videbatur, quid hoc seculo dicendum fuerit, in tanta rerum calamitate? Fecerit ne igitur ex bono & æquo Imperator noster, si intolerabile Cleri Coloniensis privilegium sustulerit, quando Clemens olim Roman. Pontifex omnibus clericis concessum jus ademit?

III. Constitutio Imperatoris Friderici II. ni-
24 hil opitulatur Clero Coloniensi. Nam † prohibet imponi collectas (his enim verbis utitur) & exactiones: Irritat item omnes omnium locorum consuetudines contra libertatem Ecclesiarum. Neutrum autem potest imputari Reipubl. Coloniensi, quæ nullas extra ordinem exegit à Clero contributiones, multò minùs contra libertatem ecclesiasticæ functionis quicquam introduxit, sed id duntaxat deprecatur, ne Clerus ipse nimia quadam indulgentia trahat totam Ecclesiam, hoc est, populum Christi in perniciem, ne prætextu religionis intercipiantur ferè omnia civitatis emolumenta. Magistratus non gravat Clerum, imò hoc agit, ne à Clero gravetur usque ad extremam calamitatem. Unde non pertinet huc talis constitutio, quæ contra jus & æquitatem nihil indulget Clericis, nec derogat ordini publico. Quòd verò sic intelligi voluerit, Imperator ipse declarat hac clausula constitutionis: Adversus canonicas vel imperiales sanctiones præsumpserint, &c. Non vult ergò, & ne quidem potest prohibere, ne contribuatur, néve fiat id, quod sine publica pernicie omitti non expedit. Loquitur enim de temerariis & illegitimis exactionibus. Imò ne quis constitutionem istam, quavis calumnia traheret ad iniquitatem, adjecit hæc verba: Quæ nihil debet præter bonum appetere, &c. quasi dicat: si non fuerit utile propter aliquas loci vel temporis circumstantias, si reipub. perniciosum sit futurum, quòd donetur immunitas. Certè Ecclesia non debet id desiderare, sicut *c.1. de alien. feud.* Ecclesia † enim (in- 25
quit) cultrix & auctrix justitiæ, non patitur contra justitiam aliquid fieri in se vel in alterum.

Confirmantur hæc omnia communi Germaniæ nostræ observatione, quæ talibus in rebus est
optima legum interpres, *l. si de interpretatione, ff.* 26
de legibus. Cum enim repentina rerum necessitas incidit, quæ contributionem Imperii desiderat, solent Imperatores, reges & alii ubivis gentium principes, ecclesiasticis quoque publicum onus imponere. Quis autem dicet, talem illationem fieri contra constitutionem Friderici Imperatoris, vel contra jus & æquitatem? Sunt enim pensitationes hujusmodi rerum, quarum nulla immunitas est, non personarum onera. In summa, non est ulla legum sanctio, à qua propter utilitatem publicam non sit recedendum, *l. de pupillo, §. si quis rivos. ff. de novi operis nũc. l. si cujus rei, §. sed si inter duos ff. de usufru. c. mutationes. 7 q. 1.*

Videtur & in hac quæstione statim dicẽdum,
quòd omnibus modis † privilegia semel concef- 27
sa ab Imperatoribus, sunt servanda. Cum enim nihil tam congruum sit fidei humanæ, quàm ea servare, quæ inter privatos placuerunt, quid decentius, quàm concessum à Principe beneficium non violari? *l. 1. ff. de pact. c. decet, de reg. jur. lib. 6.* Sicut enim nihil est principe excelsius, ita nullum firmius subsidium, quàm quod ab eo procedit: siquidem Imperator est mundi dominus. *l. deprecatio. ff. ad leg. Rhod. de jact. l. benè à Zenone, in princ. C. de quadrien. præscript.* Possent huc multa congeri de potestate & excellentia Imperatoris: multò autem plura, si locus iste ad commentatores rejiceretur.

Ex diverso autem verissima est sententia, quòd allegata, & si qua fuerint alia privilegia, Clero Coloniensi quovis modo, de immunitate vectigalis, de molis manuariis, & de negociatione vinaria concessa vel ab Imperatoribus, vel etiam ab ipso Magistratu, nomine reipublicæ Coloniensis, non possunt quicquam juris ei nunc tribuere, etiamsi ponatur, initio non omninò malè donata fuisse.

Hanc propositionem dictat incõvincibilis ratio juris divini & humani, hoc est, quæ probatur autore Deo seu natura, legislatione, item civili omnium prudentium, adeoque pontificiis cano-
nibus. Nam † privilegium qualecunque fuerit, 28
quod incipit lædere, præsertim rempubl. cessat ipso jure. Sed jus privilegiarium, quòd Clerus Coloniensis allegat de rebus prædictis, enormiter rempublicam lædit. Ergò cessare debet ipsa juris autoritate.

Hanc argumentationem calumniari quisquis tentaverit, is tandem propria convincetur conscientia, ubi sequentes perpenderit probationes. Majorem itaque dictat in primis jus divinum seu
naturale. Nam † hoc naturæ æquum est, nemi- 29
nem cum alterius detrimento debere fieri locupletio-

pletiorē,ut dicit Pomponius. *ff. de condict.indeb.*
Et cum hoc axioma inter privatos obtineat,
quantò magis vigebit pro republica non lædenda
ullo modo? Quare gentes lumine rationis,
quam natura omnibus hominibus indidit, egre-
30 giè docent publicam utilitatem omninò præfe-
rendam esse privatis commodis, ut ex præclaris
omnium legislatorum sententiis apparet.
31 Non solùm ergò † jure naturali cessant privile-
gia cum lædunt, verùm etiam non possunt planè
adversus rempubl. concedi, *Matth.22.* Date Cæ-
sari, quę sunt Cæsaris. Augustinus: Et vos (inquit)
subditi esse debetis: Ideò enim tributa præstatis,
quia hoc est probatio subjectionis, *c. 2. de censib.*
Ambrosius item gravissimè colligit: Si enim (in-
quiens) censum filius Dei solvit, quis tu tantus es,
qui putas non solvendum? *c. magnum quidem, 11.
q.1.* Apostolus deniq; *Rom.13.* Cui tributum (ait)
tributum, cui vectigal, vectigal. Jure civili quoq;
quod privilegia duntaxat agnoscit, statutum est,
nullum rescriptum, nullam pragmaticam san-
ctionem, nullam sacram admonitionem, quæ u-
tilitati publicæ adversa esse videatur, in discepta-
tionem proferri debere, *l. fin. C. si cont. jus vel util.
publi.* Paul *in l. ex facto queritur, in princ ff. de vul-
ga. & pupill. subst.* Etenim (inquit) iniquum incipit
fieri beneficium principis, si adhuc id valere di-
camus, *l. quotiens, C. de precib. Imp. offerend.* Quod
autem (ait Constantinus) totius negocii cogni-
tionem tollit, & vires principalis negocii exhau-
rit, sine gravi partis alterius dispendio convelli
non potest. *Et l. nec damnosa.* Ibidem: Meritò
est canonizata (ut vocant) *c. nec damnosa, 25. q.2.*
Probatur *in l.1. §. sunt qui putant, in fin. ff. ne quid in
flum. public.* Ulp. *in l. 2. ff. ne quid in loco, vel itin.
publ.* Si quis (ait) à principe simpliciter impetra-
verit, ut in publico loco ædificet, non est conce-
dendum sic ædificare, ut cum incommodo alicu-
jus id fiat, *l. si quis sepulchrum, in princ. ff de relig. &
sumptib. funer.* Papinianus *in l. impuberi filio, ff. de
32 administr. tutor.* Nam † privilegium (inquit) mili-
tum ad alienam injuriam porrigi non oportet. *l.
sciendum, ff. ex quib. caus. major.* Imperatores *in l.
nec avus, C. de emancip.* Nec in cujusquam inju-
riam (aiunt) beneficia tribuere, moris est nostri.
Quæ leges cum loquantur de gravamine priva-
to, non dissimulando, haud dubiè multò magis
universi juris ea mens est, ne privilegia lædant
rempublicam.
Jure deniq; Pontificio maxima proposita est,
33 de cujus veritate nō oportet dubitare, quòd † pri-
vilegia etiam initiò non malè concessa, cū tamen
incipiunt lædere, protinus sint abolenda. Alexan-
der III. *in c. suggestum de decim.* Nam quando
Romana Ecclesia (inquit) ordini vestro privilegia
de decimis dederat: ita erant raræ Abbatiæ vestri
ordinis, quòd exinde nulli poterat de jure scanda-
lum suboriri: sed nūc in tantum augmētatæ sunt,
ac possessionibus ditatæ, quòd multi viri ecclesia-
stici de vobis apud nos querelā sæpè proponunt.
Ibi glossator adjicit hæc verba: Ubi enim privile-
giū ex post facto recidit in iniquum cōpendium,
principis est æstimatio. *l. Neratius consultus, ff. de
reg. jur.* quia beneficia sua ipsi Principes nonnun-
quā solent præcipitare. *63. dist. §. verum quia Im-
peratores.* Quid autem istis potest esse manifestius?

Rectissimè ergò Bonifacius non solùm de pri-
vilegiis, verum etiam de quibuscunq; statutis lo-
quens, *in c. detestanda, de concess. prebend. lib.6.* Di-
gne (inquit) plerunq; officium excitat præsiden-
tis ad ea, quæ justa fuerant consideratione cōcess-
sa, cùm in abusum ea vergere circūspicit, discre-
tione prævia revocāda. Idem probatur *in c. statu-
tum, in princ. eod. lib. c. non debet, de consang. & affin.
Et 12. q.1. c. certè,* ubi Augustinus: Ecce (inquit) in
conspectu Dei & vestro muto consilium.
Si quis præter necessitatem desideraverit Dd.
testimonia, is videat *gloss. 63. dist. § verum quia Im-* 34
peratores. Adserit enim successores debere muta-
re facta & instituta prædecessorum, etiam bona, si
animadverterint ea per vicissitudinem temporis
in perniciem vergere: legat Abbatem *in c. sugge-
stum, de decim.* qui colligit, privilegium, cùm inci-
pit lædere, adeò non debere observari, ut ne qui-
dem ad tolerabilem aliquam moderationē pos-
sit reduci, quando continet inseparabilia, ne sci-
licet ad eandem læsionem paulatim recurrat. Ad-
eat Innocentium, *in c. in nostra, de injur.* rectè de-
finientem privilegium lædens posse revocari, et-
iamsi transiverit quasi in contractum. Quāquam
disputatio hæc ad desultorios commentarios
non pertinet.
Ex his apparet sine ulla controversia, verā esse
majorē superius scriptam propositionem, quod
privilegium, qualecunq; fuerit, cùm incipit læde-
re rempub. quamvis optima ratione initio sit cō-
cessum, minimè tamen gētium debeat observari.
Restat nunc, ut minor propositio, quę in facto cō-
sistit, ex multis circumstantiis ostendatur apertè.
Minorem itaq; demonstrat ipsa rei evidentia,
si quis urbis Coloniæ Agrippinæ conditionem
inspexerit. Quanquam enim respubl. sit omni-
bus modis clarissima, nullum tamen habet ad-
ventitium, sicut aliæ pleræque civitates, redi-
tum, quo publici sumptus possent expediri: tan-
tùm civibus ipsis incumbunt omnium rerum o-
nera, qui de negociationibus suis vectigal infe-
runt ærario. Maximum autem negociandi ge-
nus apud Colonienses est, quod circa vina ver-
satur, partim quartariis, partim urnis aut cadis
vendi solita.
Jam æquè constat Clerum Coloniensem in va-
rios ordines distributū, numerosam habere per-
sonarum multitudinem. Proinde si omnibus illis
liceret sine ulla pensitatione vina heminatim di-
vendere: Primùm, fiscus necessariis illationibus
defraudaretur: deinde nō possent onerari cives,
qui vectigal solvunt, eo precio vinum alienare,
quo Clerus immunis; ac proindè aut deserenda
esset negociatio vinaria, aut cum detrimento to-
tius patrimonii exercenda civibus. Idem est de
vectigali ordinario dicendum, & de molis. Nam
si & hîc immunes fuerint Clerici tam magno nu-
mero, bona certè pars emolumentorum detra-
heretur publicæ necessitati. Ex quibus omnibus
tandem sequeretur tristissimus rerum eventus, &
civitatis desertio.
Quocirca multæ sunt circumstātiæ sumptuum
& gravaminum, æris item alieni, quæ majorem
in dies erogationem postulant propter necessita-
tes, cùm proprias, tùm communes Imperii, à pau-
cis annis mirabili quadam rerum omnium mu-

tatione plus duplo multiplicatas, in quibus oneribus extra ordinem Clerus civitatem nihil relevat, ut interim nemo sanæ mentis causari possit, non majora hoc seculo, quàm ante multos annos, isto Cleri privilegio incommoda adferri reipublicæ.

Denique non oportet aliam hujus causæ circumstantiam præteriri. Nam cùm nemo ignoret, quantum omnibus per Germaniam negociationibus ab aliquot annis decesserit, certè ipsa, quæ legem non habet, necessitas, nuper exegit, ut populo ob gravissimas illationes attrito, & acerbius quotidie de ecclesiasticorum nimia immunitate ac negociatione conquerenti, non nihil de vectigalibus remitteretur, in cujus locum contributio Cleri, ex pactione superiùs dicta, ad conservandam tranquillitatem, successit. Unde jam primum sentiunt cives, quantum antea fuerint hujusmodi privilegio Cleri sine causa gravati multis annis. Jam Clerus si urgeat summo jure, hoc est, summa injuria, restitui sibi non solùm immunitatem necessariæ pensitationis, & molas manuarias, verum etiam cauponationem vinorum, scilicet, optimam negociationis partem, consequens erit, ut populo reliquo remissa vectigalis portio rursus imponatur emuncto illi propemodum sanguine: quod genus postulandi re ipsa quid est aliud, quàm si Clerici vellet, ut eis tota relinquatur civitas, extrusis per inopiam civibus? Cæterùm ea res quem tandem exitum esset sortitura, facile judicabit, quisquis non lapideo prorsus fuerit corde.

Ex quibus omnibus & aliis id genus qualitatibus apparet, minorem quoque in facto verissimam esse, quod respubl. Coloniensis salva esse non possit, restitutis Clero prædictis privilegii
35 speciebus. Administrandæ † enim Reipublicæ prudentia requirit, etiam eorum habere rationem, quæ nisi antevertantur, sint omninò allatura periculum, *l. idem in f. ff. de jurisdict. l. æquissimum, in princip. ff. de usufr. l. in quantitate, §. magna dubitatio ff. ad leg. Falcid. l. qui Sella. in princip. ff. de servitut. urba. prædio. l. si quis domum, ff. locati. l. qui bona, §. cum inter, ff. de damno infecto.* Confirmantur omnia prædicta ratione admo-
36 dum evidenti. Cessante † enim causa finali legis vel privilegii, cessat lex & privilegium, *Instit. de milita. testa. §. illis autem temporibus, l. quod dictum est, ff. de pact. ca. cessante, in princip. de appellat.* Sed causa concessi privilegiarii juris de immunitate, de molis manuariis, & de negociatione, fuit olim extrema ecclesiasticorum tenuitas, & redituum, quibus alerentur, defectus. Nunc verò Clerus adauctis paulatim annuis proventibus, honestam habere potest vivendi conditionem, sine hujusmodi privilegiis, Rempubl. (ut dictum est) gravantibus. Ergò privilegiorum jus omninò cessat. Alioquin nemo sanæ mentis tanta perstringet optimos Imperatores injuria, ut dicat, nos fuisse concessuros Clero Coloniensi privilegia ista, summo reipubl. detrimento, quod posteritas evidentius esset declaratura, si tum alimenta administratoribus sa-
37 crorum suffecissent. Indignissimum enim esset, inde proficisci injuriarum occasionem, unde jura nasci solent, *l. meminerint, C. unde vi, l. 2. C. de indic. vidui. tollend. l. 1. C. de his, qui ven. ætat. impetr. c. qualiter & quando, de accusat.*

Sicut igitur necessitas, quæ legem non habet, & ratio temporis potuit tunc utcunque intentionem eorum, qui Clero Coloniensi haud dubiè non ita numeroso, talia privilegia concesserunt, excusare: Ita hoc tempore omnem superaret crudelitatem, si quis causetur, propter pauca privilegia contemni totam juris & æquitatis sanctionem, & ob favorem unius ordinis opprimi totam rempublicam. Et hactenus de tertia quæstione: Quod intentio Cleri Coloniensis jure privilegiario adversus rempublicam prorsus non tenet.

Non repugnat quicquid de autoritate Principis allegatū est, vel allegari potest. Nam † quantò 38
majorem habet potestatem, tantò minus vult lædere contra jus vel utilitatem publicam, *l. digna vox, C. de legib.* Ideò enim Imperialem fortunam rebus humanis Deus proposuit, ut possit omnia, quæ noviter contingunt, & emendare & componere, & modis ac regulis competentibus tradere, inquit Justinianus *const. 111. §. sed qui divina.*

Est quidem Imperator mundi dominus, sed ad hoc maximè, ut à læsionibus injustis defendat, cùm privatos, tum rempublicam, ideoque Imperium suum Deo subjicit & naturæ, cujus ductu concedat, & revocet, pro conditione temporis, rerum & personarum ex bono & æquo. Non enim † quasi homo, sed quasi lex animata & ratio 39
imperat, vocaturq; meritò sanctissimus, *in l. Titia, § Lucius, ff. de legat. 2. & c. Cleros 21. distinct.*

Itaque beneficium Principis debet esse perpetuum, quod neminem cōtra justitiam lædat, præsertim rempublicam, quoniam † jure naturæ æ- 40
quum est, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem, *l. jure naturæ, ff. de reg. jur. c. locupletari, eod. tit. in 6.*

Quemadmodum enim juramenti religionem, cujus autor est Deus ipse, contra bonos mores, vel publicam utilitatem, non oportet esse perpetuam: Ita privilegium multò minus meretur perpetuitatem contra rempubl. *c. non est obligatorium, & c. nemo potest, de regul. jur. in 6. l. impossibilium, ff. eodem tit. junct. l. conditiones, & l. quidam in suo, ff. de condit. institu.* Porrò jus publicum neque pactionibus, neque juramentis, neque privilegiis mutari potest, *l. jus publicum, ff. de pactis.*

Eodem modo accipiendum est id, quod dici solet: privilegia Principis plenissimè interpretāda esse. Nam † ex bono & æquo mutuari oportet 41
interpretationem, *c. cum ad hoc, de cleric. non resident. c. cum dilecti, de donat. gloss. in c. olim. de verborum significat.*

Æquitas autem primum sic dictat: In concessione privilegiorum non veniunt ea, quæ si cogitasset Imperator futura, verisimile sit, non fuisse eum subscripturum, *c. quæ contra, & c. in generali, de reg. jur. in 6.* Denique privilegio, quod Clerus habet propter populum Coloniensem, qui est Ecclesia, certè non debet uti contra utilitatem, multò minus ad exitium populi. Quod enim habeo propter te, eo non rectè uti possum adversus te, *l. si judex circumvento, in fin. ff. de minor.*

Neque

42 Neque verò novum est, quòd ea, quæ † propter aliquam necessitatem, pio concessa sunt affectu, non possint aliquando trahi in argumētum temporis: quia mutatione seculorum mutantur mores & statuta cum omnibus rebus, *l. quapropter, ff. de reg. jur. c. in argumentum, eo. tit. lib. 6.* Qua ratione Justinianus graviter excusat legum mutationem, *Novell. ne defunct. seu reliqui eorum à creditor. in princip. const. 60.*

I. Videtur actio Cleri ex cōfirmationibus Cæsareis justificari. Nam si nihil juris adjicerent privilegiis jam concessis, sequeretur eas esse vanas & lusorias, quod utiq; in privatis maximè dicendum negociis, quantò minus in publicis Cæsarum confirmationibus, præsertim quòd tales confirmationes privilegiorum, in Comitiis (ponamus) autoritate totius Imperii facta sunt?

43 II. Qui † omnia dicit, is nihil excludit, *l. à procuratore, C. mandati.* Sed Imperatores successim confirmarunt omnia privilegia Cleri Coloniensis: Ergò neque immunitatem ullorum vectigalium, neque molas manuarias, neque negociandi jus censentur excepisse.

Ex contrario verissimum est in hac causa, Clerum Coloniensem nihil prorsus juvari confirmationibus Imperatoriis. Apertissimi enim juris

44 est, quod † confirmatio privilegiorum nihilo pluris æstimandum facit jus privilegiarii, quàm reipsa, nec adjicit novam autoritatem, *c. cum dilecta. de confir. util. vel inutil.* Nolentes (inquit Innocentius) quòd ex innovatione novum jus Monasterio adquiratur, sed antiquum (si quod habet) per innovationem privilegii conservetur.

Quid autem & quatenus per primam concessionem acquisitum sit, & quousque perduci potuerit jus privilegiarium, superius dictum est, Ergò non plus adjici potuit, & ne nunc quidem potest, confirmatione Imperatorum, nec mens eorum fuit, plus velle nunc conservare, quàm olim datum esset.

Manifestè autem id apparet ex jure scripto,

45 quòd † confirmat omnia Ecclesiarum privilegia, *l. privilegia, C. de sacrosanctis Ecclesiis.* Excipit tamen vi quadam & interpretatione: Primùm reipublicæ necessitatem: Deinde adventitias rerum circumstantias, Ideoque talis confirmatio non prohibet, imò vult Ecclesias teneri ad instructionem itinerum & pontium, aliasque id genus publicas functiones reales, *l. ad instructionem, l. jubemus nullam. & l. neminem, C. de sacrosanct. Ecclesiis, l. ad portus, C. de operibus publicis, l. absit, C. de privileg. domus August. l. divina domus, C. de exactor. tributor. l. final. C quib. munerib. vel præstat. nem. se lice. excus. cap. 2. & c. non minus, de immunit. Eccles.*

Latissimus hic videtur campus elabendi, si disputetur temporis longinquitas, quæ prodest etiam malæ fidei possessoribus, & quòd multò magis Clerus debeat esse tutus, qui bono titulo (ut dicitur) & bona fide ultra omnem hominum memoriam tali jure usus est, vidente Magistratu.

46 Omnis enim actio adversus tam vetustum possessorem, *l. omnes, C. de præscr. triginta annorum.* Et vetustas vicem legis obtinet, *l. 1. §. final. ff. de aqua & aqua plu. arcend.*

Verum potest universa præscriptionis ratio ab hac causa vel uno verbo secludi. Nam à trecentis annis fuit interpellationibus frequenter interrupta, sicut Senatus scriptum latius indicat evidentissimis probationibus.

Multò minus ingredi oportet disputandi labyrinthum: Utrum initio rectè fuerit concessum Clero Coloniensi privilegium immunitatis molarum & negociationis usus, sicut superius ostenditur: Tantùm hoc videndum est, an hodie Clerus possit uti privilegio? Non longinquitas temporis Magistratum excludat, ut non sit nunc audiendus de ulla læsione publica? ponatur enim in principio hujusmodi privilegium fuisse optimo jure Clero, An consecutus sit propter temporis intervallum, ut nulla læsio nunc possit allegari.

Respondendum est hoc modo: Quòd respublica lædatur, quòd periculum immineat, semper potest allegari, ac † ne mille quidem annis exclu- 47
deretur: quoniam læsiones, damna, mutationes rerum, nullum certum tempus habent, sed semper est oportuna dies, in qua reipublicæ salus tractatur. Cùm enim usucapio sit bono publico introducta, *juxta l. 1. ff. de usucap.* nemo sanæ mentis dicet, eam contra bonum publicum esse torquendam. Qua ratione rebus sacris & publicis, quarum causam oportet esse perpetuam, nullus temporis cursus obstat. *l. usucapionem, ff. de usucap. l. viæ publicæ. ff. de via publica, l. competit. C. de præscript. triginta annorum, & §. res fisci. Instit. de usucap.*

Præterea adversus divinas & humanas leges nullum tempus admittitur, quoniam sunt immutabiles. *§. sed naturalia. Institut. de jur. natur. gent. & civ. c. literas, de restit. spoliat. c. ult. de præscript.* † Ubi lex inhibet usucapionem, bona fi- 48
des possidenti nihil prodest, ait Pomponius, *ff. de usucapion.*

Sed superius est probatum jure divino & humano, nullis fieri posse privilegiis, ut respubl. detrimento adficiatur. Et quandocunq; lædi cœperit, semper Magistratui liberum manet, obolitionem privilegiorum petere. Ergò Clerus frustrà hic opponeret tempus vel bonam fidem. Satis enim superque est pro Magistratu, quòd nunc incipiat privilegium lædere, quanquam initio benè sit concessum. Graviter certè Romanus pontifex *in c. non debet, de consang. & affinit.* Non debet 49
(inquit) reprehensibile judicari, si secundùm varietatem temporum statura quoq; varientur humana, præsertim cùm urgens necessitas vel evidens utilitas id exposcit, quoniam ipse Deus ex his, quæ in veteri testamento statuerat, nonnulla mutavit in novo.

Posset hic pro Republica Coloniensi verè dici: Quòd Clerus valdè sit abusus privilegio suo, utpote colludens sæpè cum aliis negociatoribus, ut sub prætextu Ecclesiastici juris Reipubl. multorum sæpè defraudaretur pensitatione: Itaque censeatur amisisse jus suum, *c. gratum, de postulatio. prælator.*

Sed nō egit ista causa talibus adminiculis, quæ, utut vera sunt, darent tamen ansam, ad altercationes digrediendi. Quid enim non audet affectus, qui semel discusso æquitatis repagulo cœperit contradicere veritati? Porrò jus Reipubl.

Coloniensis talibus est fundatum rationibus, ut per se omnem summi juris fucum facilè convincat.

Ex prædictis omnibus tota collatio juris sic est definienda: Quòd Clerus intentionem suam, neque divino neq; humano jure tenet, ideoq; privilegium trifariam lædens Rempubl. omnibus modis est abolendum arbitratu Cæsareæ Majestatis, atque bonorum virorum.

Scopus quæstionis inter Clerum & Magistratum Coloniensem est: Utrum hoc tempore procedere debeat usus privilegii, quod respub. enormiter læditur, Clerus adserit, Magistratus negat.

Jam præter superiorem juris & æquitatis censuram expendenda est simplicissimè qualitas negocii controversi, ut vel Arcadius juvenis, sicut dixit ille, statim judicare possit, quid statui oporteat.

I. Quatenus ad vinum pertinet, per quartarios ex ædibus distrahendum, si vera teneatur ratio, plus molestiæ & periculi cauponatio ista adfert Clericis, quàm si uno semel præsente precio, alicui bono viro vina divendant. Cur enim non securius ac minori negocio, numeratam statim pecuniam accipiant, quàm ut per obulos colligatur, aliquando non satis bona ministrorum fide?

Sunt autem cives multi, sunt advenæ negociatores, qui libenter emunt, si offeratur. Quid opus hic est Clero, ut civium alimenta interturbet cauponatione? ut se misceat quæstui, non satis ecclesiasticæ dignitati decoro? ut denique caduceum lucrum faciat, hoc est, decuplo plus noceat aliis, quàm sibi prosit?

Si nullæ extarent leges, quæ rempubl. sic lædi prohiberent, si nulli essent pontificii canones, qui Clericis negociationem interdicerent; nónne natura ipsa, hoc est, notitiæ honestatis naturales omnibus inditæ hominibus, evincunt, nefas esse, talia fieri, adversus tam insignem Christi populum Coloniensem? præsertim à Clericis, qui patrum loco curare debent salutem civium.

Jam notum est jure divino & humano, interdici Clericis cauponatione. Apostolus *2. Timoth. 2.* Nemo (inquit) militans Deo, implicet se negociis secularibus. Inde est titulus, *ne Cleric. vel Monach. item c. Clerici, & c. ult. de vit. & honest. Clerico. 88. distinct. c. negociator, & c. seq. item 14. q. 4. c. Clerici.* Quis igitur dicet, hanc privilegii partem conservandam esse Clero?

II. De molis manuariis multò est res apertior: nam negari sine calumnia non potest, Clerum Coloniensem in hujusmodi molas annuò plus impendisse, quàm nunc in ordinarias Reipublicæ molas dependit ad usum frumentarium.

Quæ igitur durities est, nolle in publicum libentius dare, ut sustineatur civitas, quàm privatim dilapidare pecuniam? Est enim certissimum naturæ axioma: Quod tibi non multum nocet, & alii valde prodest, id impium fuerit negare. Paul. *in l. 2. §. quanquam tamen, ff. de aqua & aqua plu. arcen.* Qui factus (inquit) mihi quidem prodesse potest, ipsi autem nihil nociturus est. Hæc æquitas suggerit, etiamsi jure stricto deficiamur. Ergo palàm æquitas evincit, hanc quoque privilegii partem cessare.

III. Superest tertia duntaxat privilegii pars, de vectigalis immunitate, quam saltem peti posse ac præstari debere, Clerus Coloniensis fortè contendet. Sed profectò, neque tunc consistet illis persecutio. Nam quò magis erga ordinem ecclesiasticum Magistratus benevolentiam suam ostenderet, nobilitati, quam summo semper honore prosecutus est, ultrò permisit immunitatem. Verum reliquus Cleri numerus tot millibus hominum multiplicatus ne bonam partem ordinarii reditus interciperet: pollicitus est idem Magistratus, sicut jam nunc quoque pollicetur, conditiones Reipub. tolerabiles, arbitrio bonorum virorum.

Unde proculdubio æstimatura est regia majestas, cum toto imperii senatu, an deceat in re manifesta tantam excitare litigandi molestiam. Ipse quoque Clerus, si conscientiam suam, quæ mille testes est, excutiat, si ab adulatoribus avertat aures, haud dubiè confitebitur ex bono & æquo esse, quod Magistratus postulat, ut in communi republica salutaris tranquillitas ad gloriam Christi conservetur.

Utilitas duplex est: Quædam publica, quædam privata, *Ulpianus in l. 1. §. 1. ff. de just. & jur.* Æquitas, quæ verum jus est, exigit, ne propter privatam utilitatem incommodetur reipublicæ, ne propter unius lucrum lædantur plures, ne propter temporaneum profectum eripiatur perpetuus.

Civitas est societas civium jure constituta propter mutuã utilitatem, ac maximè propter defensionem. Finis enim omnium civium est publica utilitas, seu defensio publici status. Sicut omniũ nautarum finis est incolumitas navis, tametsi diversa sint officia, quorũ utilitas ad unumquenq; redit, ut salvus perveniat in portũ: ita omniũ, qui in civitate sunt, finis est, ut salvi transigant vitam hanc, ad Christum & æternam beatitudinem.

Quicquid aget quæq; virtus, id à communitate, & ea, quam exposui charitate atque societate humana non abhorrebit. *Cic. de finib. lib. 5.*

Quicquid reipublicæ utile est, semper & ubiq; dignum favore censetur, *Ulp. in l. 1. ff. solut. matr.* Plus augendo bono publico quàm privato cẽsui studere debemus. Haloand. *in Epistola pandect.* Propter utilitatem publicam adjuvatur, suppletur & corrigitur jus civile. Papinianus *in l. jus autem civile est, ff. de justit. & jur.*

Cn. Flavius scriba, librum ad rempublicam pertinentem populo rectissimè tradidit, *l. 2. § postea cum Appius, ff. de orig. jur.* Maluit enim optimus vir, publicæ salutis, quàm privati obsequii studiosus esse, populus quoque Romanus optimo jure illi gratias retulit.

Oportet ea, quæ communiter & generaliter in omnium utilitatem sanciuntur, potius valere, quàm ea, quæ circa aliquos studentur agi ad corruptionem communium legum. Justinianus *Novell. de non alienand. aut permutand. §. quia verò verisimile est. Const. 7.*

Severus & Antonius quoque ponderant rationem utilitatis, ne dum id, quod Jurisprudentium authoritate receptum est, *in l. 1. C. de acquiren. & retinen. possess.* Tam ratione (inquien-

(inquientes) utilitatis, quàm jurisprudentia receptum est. Publica utilitas præferenda est, *l. 1. §. ult. C. de caduc. tollen. Novell. de hared. & Falcid. in princip. Et, ut præsid. abs. dati, § tametsi enim, l. & an eadem, in princ. ff. de exception. rei judic.* Sed pinguius (inquit Paulus) pro communi utilitate accipitur. *l. actione. §. Labeo autem, ff. pro socio.*

Non nobis solùm nati sumus, ortusque nostri partem patria vendicat, partem amici. Et paulò infrà: Sed cùm omnia ratione animoque lustraveris, omnium societatum nulla est gravior, nulla charior, quàm ea, quæ cum republica est unicuique nostrûm. Chari sunt parentes, chari liberi, propinqui, familiares: Sed omnes omnium charitates, patria una amplexa, pro qua quis bonus dubitet mortem oppetere, si ei sit profuturus? *Cic. lib. Offic. 1.*

Publica utilitas tanti reputatur, ut ex filiofamiliâs faciat censeri patremfamiliâs. *l. filiusfamiliâs. ff. de his, qui sunt sui vel alien. jur.* publica utilitas non vult ullis feriis differri. *Ulpia. in l. pen. ff. de feriis.* Jus publicum privatorum pactis mutari non potest. *Papin. in l. jus publicum, & l. inter debitorem. ff. de pactis.* Multa autem jure civili contrà rationem disputandi pro utilitate cõmuni recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest, inquit Julian. *in l. si ita vulneratus. ff. ad leg. Aquil.* Utilitas publica tantam habet vim, ut hominem ipsum nonnunquam capitis pœnæ medio tolli per Magistratum efficiat. Cùm alioqui jus divinum & humanum dictet, non esse occidendum.

Joannes Oldendorpius juris Doctor manu propria subscripsit.

Consilium VI.

Quod est

JOHANNIS OLDENDORpii Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Reus tenetur probare defensionem sive fundamentum ejus.*
2 *Judex de criminibus cognoscens non est competens in civilibus.*
3 *Nisi punctus civilis incidat in causam criminalẽ.*
4 *Res inter alios acta vel judicata tertio non præjudicat.*
5 *Majori causæ non præjudicatur per minorem.*
6 *Exceptiones interdum differuntur usque dum causa principalis sit finita.*

CASUS.

In finibus, de quibus inter duos principes contentio erat apprehensus homicidii & ex constitutione de feris bestiis non capiendis fit Reus. Hic opponit fori præscriptionem ex *l. unica, C. Ubi de crimin. agi oport.* quòd scilicet apud eum judicem sit accusandus, in cujus territorio sit deprehẽsus, sed territorium illud, in quo sit deprehensus, ait esse alterius principis, non ejus in cujus jurisdictione sit Reus: accusator hoc negat: quæritur quid juris?

RESPONSUM.

Quanquam regulariter † Reus teneatur suam, quam opponit, exceptionem seu defensionem probare, eaq. non probata sit condemnandus, *l. in exceptionibus ff. de except.* tamen huic regulæ, quo minus in casu proposito locum habeat, quatuor potissimũ videntur obstare: Primum est, quòd † is judex, qui de crimine proposito cognoscit, nõ sit competens ad dijudicandos fines inter principes: Sed huic † responderi potest *ex l. quoties, C. de judic. & l. 1. C. de ordin. judic.* quòd videlicet in quæstione incidente judex competens censeatur, quamvis, si principaliter illa quæstio ventilaretur, competens non esset. Alterum, quod propositæ regulæ obstare videtur hoc est, quòd † si judex de exceptione proposita pronunciat, præjudicet alterutri principum in suo jure: Sed hoc falsum est, cũ res inter alios judicata aliis non præjudicet, *l. sæpè in princ. ff. de re jud.* Planè si principes sese pro suo interesse intromiserint, & sua etiam jura proposuerint, in judicem cõsentire videbuntur, & sententia de finibus lata nõ inter alios solùm, sed inter ipsos quoq; lata videbitur. Tertium, quod obstat, est, quod † propter causam majorem minor causa sit differenda, *l. per minorem, ff. de judic. l. non distinguemus, §. si is faciat, ff. de recept. arbitr.* Sed negari potest in casu proposito majori cognitioni, hoc est, causæ principũ fieri præjudiciũ, ut ex jam dictis constat. Postremò in casu proposito videtur dicendum exceptionem propositam † differendam videri in principale de finibus judicium per *l. 3. § ibidem, ff. ad exhibend.* cum similibus. Sed hæ leges in præparatoriis actionibus locum habent, quæ parvi sunt momenti. Ibi enim judex jubetur nihilominus pronunciare etiam contra ipsum Reum, exceptionibus, quæ requirunt altiorem indaginem, in principale judicium reservatis. In casu autem proposito, ubi de vita hominis agitur, iniquissimum esset de vita hominis cognoscere proposita exceptione non prius probè discussa. Respondeo ergò in casu proposito regulæ quoq; propositæ locum esse, nimirum Reum conventum teneri suam probare exceptionem, eaque non probata ad respondendum accusationi illum urgendum esse.

Johannes Oldendorpius J. C. respondebat mense Martio, Anno 1567.

Consilium VII.

Quod est

ANTONII HEISTERMANNI J.C. nomine Facultatis juridicæ Marpurgensis conscriptum.

SUMMARIA.

1 *Princeps in suo principatu habet jura Imperatoris.*
2 *Quod principi placet legis vigorem habet.*
3 *Princeps nemini jus suum auferre potest.*
4 *Princeps sine cognitione quem possessione dejiciens, conveniri potest possessorio recuperãda.*

5 Principis interesse in civitatibus est remotius.
6 Principes non sunt Curatores civitatum, sed Consules & Senatores.
7 Universitas quaelibet potest habere bona propria.
8 Universitas quaelibet potest sibi constituere actores, Syndicos & alios defensores.
10 Princeps non habet potestatem exigendarum rationum de bonis suis à privatis.
11 Immunitas tempore immemoriali praescribitur.
12 Immemorialis praescriptio vim habet privilegii.
13 Praescriptione acquiri potest immunitas.
14 Generalia generaliter sunt intelligenda, non restringenda.
15 Princeps etiam summus tenetur stare promissis.
16 Pacta seu conventiones sunt juris gentium.
17 Princeps solutus est legibus, sed non jure naturali nec ratione.
18 Subditi se non possunt eximere a superioritate principis sui.
19 Princeps subditis suis mãdare potest sub mulcta.
20 Poenae suos autores manent.
21 Consentientes eadem poena puniuntur.
22 Impossibilium nulla est obligatio.
23 Princeps nova vectigalia imponere nequit.
24 Civitati licet collectas imponere.
25 Unumquodque facile redit ad naturam suam primaevam.
26 Consuetudo non pertinet ad spiritualia.
27 Jus patronatus non est mere spirituale.
28 Alienatione cum sua causa transfertur dominium.
29 Feudum vel pars aliqua ejus non potest alienari.
30 Indivisibilia ex consuetudine divisibilia fieri possunt.
31 Maris & fluminum usus est publicus.
32 Praescriptio immemorialis locum habet etiam aliis exceptionibus remotis.
33 Praescriptio immemorialis fortior est praescriptione 30. vel 40 annorum.
34 Praescriptio immemorialis habet vim constituti.
35 Extensio non facilè conceditur.

CASUS.

QUAEDAM civitas habens privilegia & singularia quaedam jura prae ceteris ejus ducatus, in quo est sita, à principe ejusdem ducatus occasione cujusdam commissionis Caesareae de factione civium sedanda, manu militari est occupata, prius fide à principe data, se nihil contra privilegia civitatis moliturum, sed tantùm factionem civium vi cõmissionis Caesareae compositurum. Hac fide data in civitatem Dux admissus pecuniam imperavit civibus contribuendam, quae ipsi data & soluta est: Discordiam, cujus occasione princeps advenerat, Senatus & Plebs ultrò deponunt, hac spe, Principem ea sopita rursus discessurum, sed factione sedata, & pecunia accepta non contentus Princeps exigit à civibus plura, & inter cetera haec, quae sequuntur:

1. Ut acceptorum & datorum civitatis sibi singulis annis ratio reddatur.

2. Ut civitas ejusdem conditionis sit, cujus & ceterae ejus ducatus civitates, nec in contributionibus & in aliis publicis oneribus ulla praerogativa seu privilegio utatur.

3. Cùm factione plebis cõtra Senatum orta Princeps mandasset utrique parti sub poena 5000. aureorum, ne quid attentarent, nec huic ejus mandato esset obtemperatum, ut mulctam jam dictam solvant.

4. Ut de singulis tonnis cerevisiae, quae extra civitatem aveherentur, Principi quarta aurea pars pendatur.

5. Ne Senatus sine speciali Principis consensu civibus collectas indicat, vel cives ipsi sine Principis autoritate contribuant.

6. Ut Senatus Principi cedat jus patronatus Ecclesiae S. Mariae.

7. Ut cives oppidi W. quod aliquando à Ducibus suis civitas emit, soli Principi, nõ civitati fidelitatis juramentũ praestẽt.

8. Ut Principi concedatur jus navigãdi ad necessitates domesticas in flumine & portu dicti oppidi W. cujus prohibendi jus civitas se habere asserit.

9. Ut administratio bonorum duorum Xenodochiorum subjiciatur visitationi universali ejus ducatus.

10. Ut Principi concedatur in civitate munitionem extruere.

AD hujus casus decisionem praemittendum est, quòd † quamvis quilibet prin- 1
ceps in suo principatu hodie eadem habeat jura quae olim de Imperatore fuerunt cauta, ut sentit Bald. *in l. more, ff. de jurisdict. omn. judic. & in l. receptitia. C. de constit. pecun. & in l. exemplo, C. de prob. & Consil. 188. n. 6. vol. 2.* Angel. *Consil. 139. incip. In causa accusationis*, Castiens. *Consil. 227 incip. super primo dubio.* Alexand. *Consil. 2. n. 9 vol. 1. & Consil. 1. n. 29 vol. 6. & Consil. 12 n. 9. vol. 4.* quo etiã jure utimur, ideoque quod † princi- 2
pi placet in suo principatu legis vim obtineat, *l. 1. ff. de const. prin §. sed & quod, Instit. de jure nat. gent. & civil. l. Sacrilegii, C. de divers. rescript.* Tamen † 3
Princeps neque privato, neque universitati vel civitati sibi subjectae jus quaesitum sine causa potest auferre, nec propriis vel antecessorum suorum factis contravenire, *l. Quoties, C. de precib. Imp. offerend. Castrens. in l. digna vox, col. 4. versic. fin. C. de legib. Dec. in c. 1. col. 2. versic. & hac adeò locum, de constitut. Jason in l. Barbarius, ff. de offic. praetor.* Proinde si † Princeps processerit extrajudiciali- 4
ter sine causae cognitione faciendo aliquem spoliari sua possessione, potest conveniri judicio possessorio recuperandae possessionis non minus quàm privatus, *textus est notabilis in c. conquerente, de restit. spoliat. Joan. Andr. & Canonistae ibidem communiter, & ad idem est textus in l. meminerint, &*

rint, & ibid. gloss. & Bartol. notab. 1. C. Unde vi. Ex his constat principem, de quo quæritur, neq; injusta imperare, neque jus civitati quæsitum sine causæ cognitione auferre posse.

RESPONSUM AD I. ARTICULUM.

QUod igitur ad primum attinet, quo Princeps petit redituum civitatis ratione singulis annis sibi reddi, hisce duabus rationibus adductis, prima quidem, quia † intersit
5 principis locupletes habere subditos: altera verò, quia Respubl. seu civitas se habeat, ut pupillus seu minor, & quemadmodum minor subjectus est Curatori, ita civitas Principi suo: Sciendum est, prætensum Principis interesse remotius esse, quàm ut in considerationem venire debeat, utpote quod ex consequenti tantùm est & secundarium, ut Doctores loquũtur, ob quod interesse secundarium Principibus actio non datur, sed civitati tantùm, cujus principaliter interest, ut notat Innocent. & Abbas *in c. dilectus de appellat.* gloss & Doctores *in c. autoritate de privileg. in 6.* Bald. *in l. 1. C de serv. fugitiv.*

Ad alteram rationem quod attinet, alio mo-
6 do † civitas Principi, quàm minor Curatori est subjecta, cùm non Princeps curatores sint civitatum, sed ipsi Consules, Senatores & defensores, autore Speculatore *in tit de in integr. restitut. §. 1. versic. prælatus*, qui Senatores populo rationem reddere debent tanquam particulari & vero domino, non Principi utcunq; superius & universale dominium quoddam habenti. Acce-
7 dit, quod † civitas, quemadmodum & alia universitas etiam ea, quæ jurisdictionem non habet, de jure potest habere arcam communem & bona propria, *l. 1. ff. quod cujusq. universit. nom. quod etiam probant titulus, C. de jure Reipubl. & de vend. reb. civit. & tit. ff. & C. de administr. rer. ad civit. pertin. item l. sicut, & l. civitates, ff. quod cujusq. u-*
8 *nivers. nom.* Unde etiam † de jure potestatem habet actores, syndicos, rectores, defensores, consules & senatores sibi constituendi, qui bona ad civitatem pertinentia administrent, *per textum in l procuratores, & l. quandoq., C. de decur. lib. 10. Novell. de defensor. civit. collat. 3. textus est apertus in l. nulli, & seq. C. quod cui. univers. nom. & in l. principibus, ff. de condit. & demonstrat.* Cùm ergò suas obventiones, reditus & alia propria bona civitas hæc habeat, & de jure habere possit, non erit pejore loco, quàm ceteri privati cives,
9 nobiles & similes, à quibus † exigere annuam bonorum suorum rationem & contra jus esset, & res novi exempli, *vulg. l. in re mandata, C. de mand.* Imò certum est hoc casu civitates privatorum esse loco, & prorsus eodem jure gaudere, *l. simile, ff. ad municip. l. Cum qui vectigal, ff. de verb. sign. l. metum, §. animadvertendum, ff. Quod met. caus. Unde elegãter Doctores & præsertim* Baldus, *ad rubr. C. Ad Senatusconf. Trebell.* dicunt, Universitatem velut unam personam repræsentatam esse. Sicuti ergò singuli cives non tenentur ad rationes Principi reddendas, ita nec universitas, & quidem multò minus, *arg. c. cui licet, de reg. jur. in 6.*

Sed & nemo Principum pateretur sibi jus illud ab Imperatore dici, ut majestati ejus singulis annis administrationis suæ rationem redderent, non ergò civitatibus sibi subjectis Principes jus illud dicere debent, *juxta textum expressum tot. tit. ff. quod quisq. jur.*

Postremò accedit in hanc sententiam Henn. Goden *Consil. 31.* ubi in terminis decidit neque Imperatori, neque ceteris principibus jus esse à suis civitatibus sibi immediatè subjectis super rebus ad civitatem pertinentibus computum seu rationes exigere.

RESPONSUM AD II. ARTICULUM.

QUòd secundò loco Princeps exigit, ut hæc civitas sit ejusdem conditionis cum ceteris ejusdem ducatus civitatibus, nec in contributionibus & aliis publicis oneribus ulla prærogativa seu privilegio se defendat, est contra ipsius Principis promissum, quo privilegia illibata civitati se conservaturum promisit. Jam autem hoc privilegium partim anteriorum Principum, partim centenaria seu immemorialis temporis præscriptione civitas sortita est, ut nisi spontaneam quandam pecuniam dederint cum protestatione expressa, quod ne quidem ad illam liberam, multò minus ceteris civitatibus æqualem contributionem obligentur. Tanti enim temporis † præscriptio, quo 10
cives in quasi possessione exemptionis se constituerunt cum actu contradictorio immunitatis privilegium citra omnem controversiam civibus civitatis istius tribuit, cum certi juris sit, ea † quæ per privilegium concedi possunt, ut 11
est immunitas, etiam per præscriptionem acquiri, & paria esse concessum privilegium & immemorialem præscriptionem, *l. 1. §. fin. ff. de aqu. pluv. arcend. l. in summa. §. item varus, ff. eod. & tradit Goden Consil. 109. nu. 169.* idque adeò est verum, ut † etiam regalia ejuscemodi præ- 12
scriptione quærantur, *Jason in l. quo minus, ff. de flumin.* facit huc quod quasi per manus est traditum Principes viros civitates sibi subjectas in antiqua observantia conservare debere, per textum ad hoc notabilem juncta glossa *in l. nemine, C. de decur. lib. 10.* per quem textum ibi dicit Joannes de Platea, quòd novus dominus superveniens debet subditos in eo statu, quo reperit, conservare.

Porrò, quòd † una civitas libertatem quan- 13
dam seu prærogativam statui suo competentem præ ceteris præscriptione acquirere possit, ut à solutione taliarum, vectigalium & similium onerum exemta sit, in specie tradit Henn. Goden *Consil. 39. nu. 54.* & est textus *in l. si publicanus, §. fin. & in l. licitatio, §. earum rerum, ff. de publican.*

Frustra igitur quæritur de voce *Lanstbede* privilegio inserta, quod vel sine eo privilegio cives sint tuti: nec audiendus est Princeps, quòd
† generale vocabulum cavillatur restringendo. 14
Generales enim voces generaliter intelligendæ sunt facta relatione ad jura vulgaria.

Privilegium ergò hoc partim beneficio anteriorum Principum, partim immemorialis temporis præscriptione quæsitum civitati à Princi-

à principe illibatum conservandum, præsertim
15 cum † etiam id se facturum promiserit. Non enim ut inter dominum & servum obligatio non subsistit, ita quoq; inter principes & subditos, quoniam & Imperator tenetur servare pacta cum privato inita, secundum omnes *in d. l. digna vox, & in l. donationes quas divus, C. de donat. inter vir. & uxor.* & est ratio secundum Doctores *in dictis*
16 *locis*, quia † pacta seu conventiones sunt de jure gentium, *Lex hoc jure, ff. de just. & jure.* Ergò immutabilia. *§. sed naturalia, instit. de iure natur. gent.*
17 *& civil.* Licet enim princeps † solutus sit lege civili, non tamen à dictamine rectæ rationis, nec à jure naturali, *Bald. in c. 1. §. fin. qui feud. dare poss. & in l. 2. C. de servit. & aqua, & in l. 3. C. de bonor. possess. unde lib. n. 9. & seq. & in Authent. de referend. sacri palatii.*

RESPONSUM AD III. ARTICULUM.

Tertio loco princeps pœnam petit 50000. aureorum, quia mandato ejus non sit paritū: ubi sciendum contra mandatum principis nulla præscriptione cives ejus civitatis tutos esse. Sub-
18 diti enim † ab omni superioritate & imperio in universum eximi neq; debent neq; possunt, textus est optimus *in c. Cum non liceat, de prescript.* & tradit Lucas de Penna *in l. Quæcunq, C. de omni agro desert. lib. 11.* quem refert & probat vir doctissimus Didac. Couvarr. *Pract. quæst. 4. n. 10.*

Etsi autem *in d. c. cum non liceat*, totalis seu integralis exemptio præscriptione quæri posse nonnullis ex Doctoribus videatur, maximè Ol-
19 drado *Consil. 172.* cùm † tamen ipsi cives in facti specie fateantur, se principem recognoscere, non videtur dubium esse principi jus fuisse in re licita subditis suis sub mulcta mandare.

20 Sed non civitatem, verùm † autores tantùm mulctandos constat ex eo, quòd non solùm præcedente deliberatione & communicato consilio omnium res non sit acta, sed etiam invita meliore parte civitatis, puta Senatorio ordine gesta sit, *per l. aut facta, §. fin. ff. de pœn. l. non debet, ff. de regul. iur. l. sancimus, C. de pœn. l. 1. § sed si ordo, ff. de Magistr. conven. c. Romana, §. Universitatem de sentent. excomm in 6. Mynsing. Cent. 4. observat. 79.*

At obstare videtur, quòd Senatores non puniverunt contumaces & contemtores principalis
21 mandati. Eo enim casu † per conniventiam videtur approbasse delictum, & æquè puniuntur, ac si consilium communicassent, ut *in prædicta observatione* in Camera judicatum fuisse Mynsingerus refert. Verùm cùm in in ea causa fuerint Senatores, ut plebejos punire non potuerint, & coacti fuerint tandem cum illis transigere, illis imputandum non est, quod facere non potuerunt.
22 Ad impossibilia † enim nemo obligatur, *per iura vulgaria*, & culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest, *l. culpa, ff. de regul. iur.*

RESPONSUM AD IV. ARTICULUM.

Quod quarto loco princeps exactiones seu vectigalia cerevisiæ imponere conatur hac ratione, quòd sit princeps, ad id re-
23 sponderi potest, quòd † princeps nova vectigalia imponere non potest, nec debet, ad gravamen suorum subditorum, maximè sine publicæ necessitatis causa, & citra consensum subditorum, etsi justa sit causa, ea cessante vectigal cessabit, ut tractant Doctores, & eleganter Matth. de Afflict. *in c. 1. Quæ sint regal.* & Lucas de Penna *in l. 1. C. de superindict. li. 10.* ubi dicit Regi injusta exigenti vectigalia resisti posse.

RESPONSUM AD V. ARTICULUM.

Quòd insuper quinto loco princeps vetat, ne cives invicem contribuant ad publicas necessitates sine speciali principis consensu & autoritate, id contra jus cōmune sit; cùm
† jure cōmuni cuivis civitati, multò magis ei, qui 24
jurisdictionē habet, liceat civibus suis collectas imponere pro necessitatibus emergentibus, *l. 1. in fin. ff. Quod cuiusq, univers. nom. l. omnes provinciarum, C. de oper. publ. Bartol. in l. vectigal, ff. de public.*

Quod autem ad literas reversales attinet, quæ obstare dicuntur, responderi potest quadragenariam possessionem sufficere contra illas lite-
ras, & unumquodq; † facilè ad primævam suam 25
naturam redire, *l. si unus, §. Quod & in specie, ff. de pact. l. 3. C. de ædific. privat. l. fin. ff. de his, qui a non dom. manum. l. consuetudinis, in fine, ubi glossa magna, C. quæ sit longa consuet.*

RESPONSUM AD VI. ARTICULUM.

Sextò petit princeps sibi cedi jus patronatus Ecclesiæ S. Mariæ, quo casu cùm civitas jus illud diuturna possessione vel quasi acquisierit sibi, nō ea solùm defenditur, *l. id quod nostrum, ff. de regul. iur.* verùm etiam pacificatione Pataviense, & Constitutione Augustana anno 1555. promulgata, §. Dieweil aber etliche Stände ꝛc. vñ seind daben vigore des Religionfriedens onturbirt zulassen / præsertim cū jus patronatus S. Mariæ principis nunquam fuerit. Est ergò quæstio illa disertè per constitutionem Imperii decisa.

Nec quidquam urget quod de Episcopatu S. à principe adducitur, quasi princeps in Episcopi locum sit subrogatus. Nam Episcopus ille in illā Ecclesiam nihil juris habuit unquam, sed Papa.

Sed nec obstat, quòd † consuetudo locorū non 26
potest comprehendere spiritualia, *c. Quanto de
iudic.* quia † jus patronatus non est merè spiri- 27
tuale, sed annexum spiritualitati, Panorm. *in d. c. Quanto*, ideoq; per Laicum & possideri & præscribi potest, *c. quærelam de elect. & c. consultationibus de iure patron.*

Quid multis? Petitio proposita de jure patronatus sibi cedendo ex diametro repugnat pacto principis civitati facto, quod vocant die Erbhuldigung / quo inter cætera promisit princeps, se civitatem in bonis Ecclesiasticis non turbaturum, contra quam pactionem & confirmationem jurium ac privilegiorum civitatis venire princeps non potest, secundum ea, quæ suprà sunt allegata, & per ea, quæ tradit Henn. Goden. *Consil. 32. num. 7.*

RESPON-

RESPONSUM AD VII. ARTICULUM.

SEptimæ petitioni, qua Princeps petit cives oppidi W. sibi soli non civitati esse juratos, obstat exceptio oppidi venditi & traditi. Cum enim dictum oppidum aliquando à Ducibus, quorum successor est hic Princeps, civitati venditum & traditum sit, nullo specialiter jure sibi excepto sive retento, frustra nunc Princeps sibi vindicat jus hoc, de quo quæritur, quoniam † aliena-
28 tio cum fit, cùm sua causa dominium transfert, nisi aliquid specialiter sit exceptum, *l. alienatio, ff. de contrahend. emt. l. traditio, ff. de acquir. rer. domin.*

Cùm itaque Princeps hic eorum, qui oppidum vendiderunt, hæres sive successor sit factum defunctorum tenetur habere ratum, per jura vulgaria, nec in hoc Princeps differt à privato, ut supra est ostensum.

29 Sed huic exceptioni videtur obstare, quòd † citra Imperatoris consensum feudum, vel feudi regalis pars alienari non potest, ad quod responde-
30 tur, feuda † hæc, de quibus agitur, consuetudine dividua esse, & Principes ea etiam citra Imperatoris consensum alienare posse, tantùm superioritate retenta, ut passim in & extra Imperium fieri videmus, *Goden consil. 20. Boss. de regal. n. 35.* certè gradus dominiorum turbandi non sunt, & discrimen inter eos, qui immediatè, & eos, qui mediatè subditi sunt, accuratissimè observandum est.

RESPONSUM AD VIII. ARTICULUM.

QUòd Princeps petit sibi jus navigandi in flumine W. concedi ad necessitates & usus domesticos, petitio hæc prima fronte vi-
31 detur æqua, cùm † usus non solum maris, sed & aliorum fluminum sit publicus, *l. litora, §. maris, ff. ne quid in loco public. fiat, l. fluminum in princip. ff. de damno infect. l. unica, in princip. ff. ut in flum. publ. navig. §. riparum, Inst. de rer. divis.*

Sed huic petitioni obstat, primùm quidem, quòd flumen illud, de quo quæritur, non publicũ sit, sed privatum, utpote à ducibus emtum, ideoq; civibus civitatis istius jus prohibendi in eo esse, ne navigetur, *d. l. unica, § si privatam.* Deinde quòd quamvis publicum esset flumen, tamen civitas ista jus prohibendi longo tempore præscripserit, quod jus invitis civibus auferri non possit, *l. sanè si maris, ff. de injur. l. si quisquam, ff. de divers. & tempor. præscript. Aegid. Boss. sub tit. de aquis & flumin. n. 5. Alexan. de Imol. in l. 3. §. Nerva. ff. de acquir. vel amit. possess.*

RESPONSUM AD IX. ARTICULUM.

APud nonam quæstionem seu petitionem eadem quæ supra *quæst. 6.* proposita sunt, re-
32 peti possunt. hoc adjecto, quòd † præscriptio centum annorum, vel ejus temporis, cujus memoria non extat, quæ in casu proposito opponitur, non intelligitur exclusa in casibus, quibus aliæ præscriptiones excluduntur, *ut probatur per textum in Authen. ut de cetero, col. 5. versic. illud quoq;, juncta glossa in verb. nulla temporis præscriptio, & ibidem id notat Angelus, idem Angel. in l. omnes, vers. & do tibi, C. de præscript. 30. vel 40. ann. & in l. non solum, in princip. ff. de usur. Felyn. in d. rubr. versic. considerando.* Nam † præscriptio illa est fortio- 33
ris potentiæ quàm sunt præscriptiones longi & longissimi temporis, *c. 1. de præscript. in 6. c. super quibusdam, §. præterea, & ibi Panormit. de verbor. signific.* ubi habetur, quòd tanto tempore, cujus initii memoria non est in contrarium, præscribantur etiam, quæ aliâs de sui natura sunt inpræscriptibilia. Habet enim † tanti temporis 34
præscriptio vim constituti, *l. hoc jure, §. ductus aquæ, ff. de aqua quotid. & æst. l. 1. §. fin. & l. 2. & l. fin. ff. de aqu. pluv. arcend.*

RESPONSUM AD X. ARTICULUM.

QUòd ultimo loco Princeps in fine civitatis munitionem invitis civibus extruere conatur contra pacta majorum suorum & nunciationem novi operis factam, id jure prohibente ab eo fieri videtur. Nam cùm Principes antecessores per pactum remiserint civitati jus illud extruendæ munitionis, si quod habuerunt, pactum illud etiam principem modernum tanquam hæredem & successorem obligat secundum ea, quæ suprà sunt proposita. Quamvis † au- 35
tem excipiendo Princeps de certo loco non muniendo pactum factum esse dicat, & ob id ad alium locum, in quo ipse munitionem molitur, non sit extendendum, *l. legata in princip. ff. de supellect. legat. l. cùm de lanionis, §. cui fundum, & l. Seia, in princip. ff. de instru. vel instr. leg.* tamen verba illa pacti, non determinationis gratia, sed ad majorem evidentiam specialiter videntur facta, ideoq; generi non derogari exemplo *l. quæsitum, §. penult. ff. eod.* & ibidem glossa, præsertim cùm in aliis locis sit eadem ratio, ergò idem jus, secundum jura vulgata.

Deinde licet Princeps jus ædificandi haberet, quod nulla exceptione posset elidi, tamen quia contra nunciationem novi operis extruxit, id omne demoliri & restituere jure tenetur, *l. prætor. ff. de oper. novi nunciat.* In fidem Facultatis nostræ sigillum opposuimus, mense Majo, Anno Christi 1568.

Decanus & ceteri Doctores Facultatis juridicæ in Academia Marpurg.

CONSILIUM VIII.

Quod est

D. VALENTINI FORSTERI Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Unio prolium quomodo fieri debeat.*
2 *Unio prolium adoptioni simillima est.*
3 *Actus legitimi, qui diem vel conditionem non recipiunt, per temporis vel conditionis adjectionem in totum viciantur.*
4 *Mens est anima dispositionis, & illa potius attendenda, quam verba.*
5 *Causa finalis dispositiones regit. Et plura de causa finali.*
6 *Interpretatio semper ita facienda est, ut actus potius valeat, quam pereat, & n. 20.*

7 Utile

7 *Utile per inutile non vitiatur, & validum cum invalido sustinetur, n.8.*

9 *Dispositio, quæ pro parte est impossibilis, pro ea parte impleri non debet, pro parte autem possibili adimplenda est, & valet.*

10 *Unio prolium, utpote veteribus Jurisconsultis incognita, moribus Germaniæ primum introducta est.*

11 *Substitutio facta, post mortem filiorum nasciturorum filiis non natis purificatur.*

12 *Substitutio pupillaris expressa vulgarem tacitam sub se continet.*

13 *Conditio in forma specifica adimpleri debet.*

14 *Privatio præsupponit habitum.*

15 *Sub conditione relictum, sub contraria denegatum censetur.*

16 *Conditio impossibilis pro non scripta habetur.*

17 *Interpretatio hominis cessat, ubi manifesta & expressa est legis interpretatio, idemq́ est in præsumptione.*

18 *Voluntas magis facto, quàm verbis declaratur.*

19 *Casus, in quo major ratio versatur, quàm in verbis claris comprehenditur, pro expresso habetur.*

21 *Jus accrescendi in contractibus locum nō habet.*

22 *Duces, Principes & Comites eandem potestatem habent statuendi & decernendi in suis territoriis, quā Imperator habet in toto Imperio.*

IN controversia, quę est inter Philippum I. & Consortes ex una, & H.R. filium ex altera partibus, ut omnis cavillandi præcidatur occasio, casus ab ipsius partis adversæ cōsulente formatus, huc ab initio repetendus est, qui ita se habet: Petrus S. uxorem duxit Elisam prædicti H.R. viduam, quæ ex marito suo defuncto quatuor tū temporis adhuc superstites liberos susceperat: convenit inter Petrum & Elisam de præcipuo, quod hi liberi ex bonis immobilibus habere deberent, & simul unio prolium in eadem conventione facta est, ita nimirum, ut hi liberi, & qui ex hoc matrimonio essent nascituri, in cæteris bonis, quæ conjuges illi jam haberent, & porrò acquisituri essent, uniti esse deberent. Accidit autem, ut Petrus moreretur, nullis ex Elisa susceptis liberis, unde quæritur, An unio prolium facta subsistat, atq; ex illa in bonis à Petro relictis, Elisa, ejusq; liberi, jus aliquod prætendere possint. Is, qui Philippo I. & Consortibus consuluit, respondit: Unionem prolium prætensam defecisse, nec ullius esse effectus, hac ratione, quòd à Jurisconsultis de unione prolium scribentibus sit traditum, quod in qualibet unione prolium, ut subsistat, duo extrema sive termini desiderentur, nimirum terminus à quo, & terminus ad quem, hoc est, ut primùm ut ex utroq; vel ab alterutro conjugium ineuntium liberi jam ante nati supersint, & deinde, ut conjuges illi in eo conjugio liberos procreent, atq; hi ante parentes suos non moriantur, quæ ratio ita quidem à Dn. Consulente in medium affertur, sed nec juris fundamentis, nec rationibus, nec Doctorum autoritatibus roboratur, hoc solo excepto, quòd ea ratio & opinatio Electoralis Palatinatus juri provinciali consentanea esse dicitur.

Verùm, quicquid Dn. Consulens dicat, verius est, unionem hoc casu factam, non obstante eo, quòd ex matrimonio inter Petrum & Elisam cōstante, nulli liberi sint progeniti, effectum suum sortitam esse, ac proinde H. R. liberos in bonis vitrici sui P. vi unionis istius succedere, & Philippum I. atq; Consortes, qui se Petri hæredes esse prætendunt, à successione excludere.

Ad hujus sententiæ confirmationem præmittēdum est, certum esse, quod dicta unio prolium in forma debita cum solennibus suis requisitis & consuetis sit facta. Est enim facta cotā Magistratu præsentibus tutoribus, deinde in commodum & utilitatē liberorum, H S. tertiò cum causæ cognitione à præfecto loci nomine sui domini confirmata, juxta instrumentum super ea confectum 5. Januarii, anno 1566. quæ sunt solennitates ad unionem prolium faciendam requisitæ.

Ejusmodi enim † uniones prolium debent fie- 1
ri coram Magistratu vel præfecto loci præcedente causæ cognitione, præsentibus tutoribus & curatoribus, facta quoq; discussione bonorum vel facultatum liberorum, quorum nomine parificatio prolium petitur, quemadmodū tradit Gail. *Observat. 125. lib. 2.* & Jac. Rickius, *c. 6. Qua forma, quibúsve solennitatibus celebrari debeat ista pariatio seu unio.*

Quo posito ex insequentibus juris fundamentis evincitur, hanc unionem, de qua jam est quæstio, non obstante ex matrimonio, quod fuit inter Petrum & Elisam, nullos liberos esse progenitos, effectum suum sortitam esse, eandemque mortuo Petro habere & retinere.

Primò ab omnibus pro recepta sententia habetur, & communi assensione probatur, † quòd 2
unio prolis, quæ novis Germaniæ moribus inducta est, nulli juris civilis materiæ, quàm adoptioni sit similior, & omnia ferè cum hac communia habeat, iisdemq; regatur & gubernetur regulis. In adoptione enim similiter ficti liberi pro natis & veris habentur, sicuti cognationis hujus & parificationis vel exæquationis effectus similes & iidem triginta tres enumerantur & recensentur à Jacobo Rickio *in tract. de unione prol. ca. 9. Unio & adoptio, quæ similia habeant, quæq́ dissimilia.*

Atqui expediti & clari juris est † actus legiti- 3
mos, qui non recipiunt diem vel conditionem in totum vitiari per temporis vel conditionis adjectionem, *l. actus legitimi, ff. de regul. jur.* Adoptio autem actus legitimus est, *l. quæsitum, aliàs, si tibi, ff. de adopt. gloss. in d. l. actus legitimi, in gl. magna, vers. item est & alius, &c* Igitur ejusmodi adoptio non potest fieri vel ad diem vel sub conditione, ac ut & communis loquitur, moribus nostris non convenit, temporalem filium habere, *d. l. quæsitum.* Unde per necessariam consequētiam idem dicendum statuendumq; est in unione, quæ adoptioni æquiparatur: cū æquiparatorum eadem sit ratio, idemq; judicium, *vulg. jurib.* Et sic necessitate juris duo illa extrema à domino Consulatore adducta juri sint contraria, utpote cùm unio, exemplo adoptionis, diem conditionemq; non admittat. Diem, ut eatenus essent filii asciti & adoptati, donec ex secundo matrimonio alii nascerentur. Conditionem, ut cum essent adoptati, si alii nascerētur; quæ duæ qualitates unioni prorsus adversantur, ejusque substantiam infringunt. Nam adoptio & unio debent fieri purè sine

ſine die, ſine conditione, vel expreſſa vel tacita. Cùm itaque filii à patre nati & legitimi extraneæ perſonæ in adoptionem dati, ab inteſtato patri adoptivo ſuccedant, §. *ſed hodie Inſtitut. de adopt.* §. *ſed omnia, verſ. invenimus. Inſtit. de hæredit. quæ ab inteſt. defer.* Quæ quidem ſucceſſio etiam locum habet quando pater adoptivus liberos naturales & legitimos, hoc eſt, ex juſto matrimonio ante, vel poſt quæſitos ſuperſtites habet. Nam nihilominus adoptatus unà cum naturalibus & legitimis ad viriles portiones vocatur, *l. ſi te parens, C. de ſuis & legit.* Sicuti quoque adoptatus patri adoptivo ab inteſtato ſuccedit, etiamſi pater adoptivus ſuperſtitem habeat aſcendentem, patrem nempè & matrem, avum aviámve, &c. nihilominus adoptatus ſi ſolus eſt, aſcendentibus in ſucceſſione ab inteſtato præponitur. Filius enim adoptivus in adoptantis patris bonis jus ſui hæredis obtinet, *l. cum in adoptivis. 10. §. ſed ſiquidem, in fin. C. de adopt.* Si verò hæredes extantes aſcendentes excludunt & ſemovent, §. *1. Inſtitut. de hæredit. quæ ab inteſt. defer. l. 2. §. liberi, D. ad ſenatuſconſ. Tertyll.* Liberi, inquit Ulpianus, ſui quidem obſtabunt matri ejus tam virilis ſexus, quam fœminini, tam naturales, quã adoptivi, &c. Juris ergò neceſſitate conſequitur idem ſtatuendũ eſſe in unitis liberis.

Secundò unionem hanc purè factam, nec ad extremum aliquod, tunc ad nativitatem liberorum referendam eſſe ex ipſa mente, & deinde cauſa finali patet. Mens enim & voluntas agentium in omni negocio & actu præcipuè in conſideratione verſantur. In conventione, inquit Papinianus, contrahentium voluntatem magis, quàm verba ſpectari placuit. Et Pomponius potius id, quod actum, quàm quod dictum eſt, ſequendum eſt, & Impp. non quod ſcriptum, ſed quod geſtum eſt, inſpicitur. Unde pro com-
4 muni axiomate traditur: Mentem & rationem eſſe animam diſpoſitionis, & illam potius attendi quàm verba, quæ ut corpus judicantur, *Roland. conſil. 72. num. 43. lib. 1.* & *Dd. paſſim tam docen-*
5 *do, quam conſulendo.* Ita etiam cauſa finalis regit omnes diſpoſitiones: cum omnis agens, agat propter finem. Hinc etiam apud Platonem dicitur, prima præcipuaque cauſarum atque potentiſſima, hujus enim gratia & efficientes faciunt, & quæ fiunt, efficiuntur, ideoque ignorantia cauſæ finalis circa rem quamlibet efficit, ut cæteræ cauſæ ad eandem pertinentes ſimiliter ignorentur. Unde Ariſtoteles ait, cauſam finalem eſſe cauſam aliarum cauſarum, *lib. 2. Phyſic. &c.* Inde inter noſtros Baldus ait, cauſam finalem eſſe fontem cauſarum, *in l. eam quam, colum. 1. verſic. venio, C. de fideicomm. & alibi.* quòd cauſa finalis ſit primum principium intentionis, licet ſit ultimum executionis, *l. avia. columna final. C. de jure dot.* Hinc etiam cauſa finalis appellatur ſubſtantia, *gloſſa in l. juris gentium, §. quod ferè, ff. de pact.* & alibi forma, §. *item ſi quis poſtulante. Inſtitut. de action.* Ex quo etiam ſola dicitur cohærere diſpoſitioni, *l. Titio centum, §. ante nuptias, ff. de condit. & dem. l. fin. ff. de hæred. inſtit.* Rectiſſimè ergo & conſecutivè omnis diſpoſitio omniſque actus ex ea regulari, & ſecundùm eandem interpretatio mentis & voluntatis diſponentium & paciſcentium fieri ſumique debet, *argum. l. 1. §. ſexum, ff. de poſtul. l. 2. §. fin. ff. de donat. titul. generali. l. ſed etſi mors, §. fin. D. de don. inter virum & uxor. l. ſi mulier. & ibi omnes, C. de jure dot. Jaſon in authent. quas actiones, colum. 4. verſic. puto tamen, C. de ſacroſanct. Eccleſiis.* Quæ eò magis procedunt, quando ipſa cauſa finalis expreſsè eſt declarata vel ſcripta, *Socin. conſil. 83 colu. 2. verſic. ſed alia fit difficultas, lib. 3. per l. 3. ubi etiam notatur, ff. de hæred. inſtit. ſequitur Tiberius Decianus conſil. 7. num. 21. & 24. lib. 1.*

Quod igitur ad cauſam finalem attinet, verba unionis prolium ſunt ejuſmodi, daß dieſelbige dahin bethedinget vnnd angeſehen worden / daß ſie den vier Kindern zum beſten / vnd in jhren Nutzen geſchehen / vnnd daß der Ambtmann ſolch gemächt vnd Einkindtſchafft nicht vor vnzimblich / ſondern den Kindern zum beſten / nach jetziger zeit gelegenheit erachte / ex quibus neceſſariò infertur, hanc unionem reſpectu quatuor illorum liberorum purè & non conditionaliter in eventum, ſi ex matrimonio hoc liberi ſuſcipiantur, factam eſſe, quę ipſa etiam conditio, ut maximè eſſet addita, rejicienda eſſet in unione, per ea, quæ in priori argumento dicta ſunt. At æquiparatio vel intentio uniendi prolem tandiu verificatur, quandiu unus ſaltem ex liberorum parentibus ſupereſt.

Quantum verò ad mentem & voluntatem unientium attinet, juris eſt ex ipſa natura nobis inſiti, quòd parentes ſemper præſumantur capere optimum cõſilium pro liberis ſuis, & hiſce, quam poſſunt, longiſſime proſpicere, *vulgatis juribus*, cui conſequens eſt, quod mater naturali erga liberos ſuos quos ex priori matrimonio jam ſuſceperat, caritate inducta ipſis potiſſimũ proſpexerit, nec illos ſub ſpe incerta decipi voluerit. Deinde eadem mẽs inde quoq; colligitur, quod mater Petro non fuiſſet nuptura, niſi quatuor illos ſuos ex priori matrimonio natos liberos pro ſuis ſuſcepiſſet & adoptaſſet, quæ quidẽ unio hoc caſu ſortitur naturam contractus innominati, *facio ut facias, nubo tibi, ut liberos meos, tanquam proprios tibi unias & aſſocies.*

Præterea, in præſenti caſu in primis & majore ratione mens & intentio de liberis unitis apparet ex eo quod quatuor illis liberis ex conventione de bonis paternis quædã jugera præcipua eſſe debuerunt, cùm tamen aliâs matri incubuiſſet, cum liberis ſuis dividere, ipſiſq; portionem ſuam hæreditariam de bonis paternis reſtituere, quæ quidem conventio ſimiliter oſtendit unionem purè ratione liberorum unitorum factam & interpoſitam eſſe, ac non inconcinnè tranſire in contractum innominatum, *Remitto diviſionem ut me adoptes vel tibi unias.*

Non minus quoq; mens & voluntas, quod videlicet jam natos ex præcedenti matrimonio ſibi purè, non in eventum naſciturorum unire voluerit, inde conſtat; nam in dubio diſponens præſumitur omnia illa voluiſſe complecti, per quæ diſpoſitio ſua conſervari poſſet: cùm nemo præſumatur voluiſſe facere actum eluſorium ac nullum, ideoque † ea ſemper debet fieri interpre- 6
tatio, ut actus potius valeat, quàm pereat, *l. Divus, penult. ff. de uſu & habit. l. 3. ff. de teſtam. milit. l. quoties, ff. de rebus dub. ca. ablata ſanè,*

& ibi

& ibi glossa.extra de verbor. signif. sicuti etiam dis-
positio ita interpretanda est, ne videatur dispo-
nens elegisse viam impugnādi voluntatem suam,
l. quærebatur, ff. de testam. milit. Præsertim cum
præsumptio legis non applicetur ad infirman-
dum, sed potius ad conservandum id, quod a-
ctum est. Ex quo sequitur vitricum, ne videatur
actum fecisse frustratorium & elusorium, voluis-
se liberos unitos, etiamsi nulli alii ex suo corpore
existant, sibi succedere, &c. Quæ voluntatis con-
jectura eò magis robur firmitudinemq; nancisci-
tur. quod 16. annis, quibus in conjugio vixit, eos
pro liberis, perinde ac ex suo corpore habitis, tra-
ctavit, nullamque contrariæ voluntatis significa-
tionem edidit propolavitq; unquam. Quæ qui-
dem filiationis tractatio per se plurimum mo-
menti confert, *jurib. vulg* Ac mutationis nullum
indicium (cùm tamen ipsi mutare non licuerit,
utpote inita mutua inter conjuges liberorum
curatores pactione & conventione, *l. sicut, C. de
oblig. & action. l. quamvis, C. de transact. l. non idcir-
co C. de contrahend. empt. l. de contractu, de rescind.
vendit. l. in commodato. 8. §. sicut, ff. commodat. l. si
mandavero. 2 §. sicut. ff. mand.* Ac alias quoq; nihil
tam congruum est humanæ fidei, quàm ea, quæ
semel contrahentibus placuerunt, servare, *l. 1. ff.
de pact.* Sed constantissimæ voluntatis quo ad u-
niendum sibi prolem præteriti matrimonii ex u-
xore, argumenta apparent & manifesta constant.
Præter superiora, quæ de natura unionis, quæ
diem conditionemq; excludit, præter causam fi-
nalem, denique præter voluntatem, mentemque
disponentium hactenus deducta sunt, argumen-
tum præstant, quæ in prorsus simili negocio à ju-
ris civilis autoribus afferuntur.

In instrumento unionis formalia verba sunt:
Vnnd weiter beredt vnnd bethedingt / daß fürter
zwischen denen Kindern / so Hans Reinstein hin-
derlassen/wie gemelt/vnd denen Kindern/ so Peter
Schmidt vnd Elsa Eheleut fürter durch Gottes
segen vnd gnaden ehelich zeugen/vnd mit einander
gewinnen vnnd vberkommen / soll ein Einkindt-
schafft sein vnd bleiben/an allem dem / so sie Peter
vnnd Elsi jetzund haben / zusammen bringen/ mit
einander erringen vnnd gewinnen werden. Quæ
verba non conditionem, sed puram unionem
per copulativā & verbum, soll ein Kindschafft/ꝛc.
significant & inferunt. Atque iterum clari expe-
7 ditique juris est † in causis, negociis & gestis sepa-
rabilibus utile per inutile non vitiari. Sic de sti-
pulatione Ulpianus; sed si mihi Pamphilum &
Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro
supervacuo habendam puto. Nam si tot sunt sti-
pulationes, quot sunt corpora; duę sunt quodam-
modo stipulationes, una utilis, alia inutilis, neq;
vitiatur utilis per hanc inutilem, *l. 1. § sed si mihi,
ff. de verb. obl.* quod etiam tradit Paulus J.C. *in l.
inter stipulantem. 83. §. si stipulante. vers. item si ego
plures res stipuler, Stichum puta & Pamphilum: li-
cet unum spoponderis, teneris. Videris enim ad unam
ex duabus stipulationibus respondisse*, ita Paul. *tit.
de verb. oblig.* Et Pomponius; si mihi & Titio in
cujus potestate non sim, stipuler decem, non to-
ta decem, sed sola mihi quinque debentur. Pars
enim aliena in obligationem deducitur: ut quod
extraneo inutiliter stipulatus, cum non augeat
meam partem, *l. si mihi & Titio centum, ff. de verb.
oblig.* Quo etiam pertinet argumentumque præ-
stat, *l. si duo Rei. 127. ff. eod. tit.* Et apertè Pompo-
nius, hæres, inquit, adjecto ei nomine cujusdam,
qui hæres non sit, totum legatum debet.

Omissis aliis Jureconsultorum responsis idem
sancit Justinianus de donationibus ultra quin-
gentos aureos: Sancimus, &c. si quid supra legi-
timam definitionem fuerit donatum, hoc quod
superfluum est, tantummodo non valere: reli-
quam verò quantitatem, quæ intra legis termi-
nos constituta est, in suo robore perdurare, quasi
nullo penitus alio adjecto: sed hoc pro non scri-
pto vel non intellecto esse credatur, ita Justinian.
in d. l. sancimus, C. de donat. Quo etiam pertinet *l.
si ex falsis instrumentis, C. de transact.* Hinc à no-
stris pro axiomate traditur: † Validum in re su- 8
stineri cum invalido, vel quod deinde non exi-
stit, *l. hereditas, & ibi Alber. in summario, ff. de he-
red. instit. arg. l. actus legitimi. 77. ff. de reg. jur. Paris.
cons. 38 num. 34. lib. 3.* Ac † dispositio quæ pro par- 9
te est impossibilis, pro ea parte non debet imple-
ri, pro parte autem possibili adimplenda est, &
valet, *Bald in l. fin. in fin. ff. de cond. inst. & ibi Ca-
strens. in fin. Paris. d. cons. 38. nu. 36.*

Hinc insignis quæstio à Bart. inducta adversus
autorem deciditur: Pone, inquit Bartolus, quòd
res Ecclesiæ immobilis fuerit consueta dari in
Emphyteusin, utq; in tertiam generationem ma-
sculinam, vel est consueta dari ad tempus: Nunc
pone quòd concedatur in tertiam generationem
masculinam & fœmininam: vel pone etiā, quòd
concedatur in perpetuum, nunquid valet? Bar-
tolus dicit se dubitare, nec declarat an vitietur in
totum, an saltem valeat quantum ad generatio-
nem permissam. Hoc itaq; casu Baldus *in authen.
si quas ruinas, C. de sacrosanct. Ecclesiis*, refert qui-
dem Bartolum tenere, quòd concessio sit in to-
tum nulla, sed Bartolo vim facit: contrarium ta-
men ipse Baldus constanter tradit, quòd imò va-
lere debeat, quo ad lineam masculinam: non ve-
rò quo ad fœmininam, & sic saltem quo ad casum
permissum *per §. neq; illud, in authent. de non alien.
reb. Eccles.* Eandem sententiam amplectitur Ful-
gos. & Paul. de Castro, *in d. authen. qui rem. ubi ait*,
quod Baldi opinio sit verior & æquior, Ludov.
Roman. *in l. 1. §. si stipulandi, ff. de verbor. oblig.* &
ibi Alexand. & Aretin. Alexand. *consil. 38. incip.
consideratis, in fin. lib. 1.* Baldus iterum per aliquot
fundamenta, *in titul. qui feud. dare possunt. & in
titul. de lege Corradi. § similiter in usib. feud. & in l.
si pupillorum, §. fin. ff. de rebus eorum, qui sub tutela
vel cur.* Jas. *in d. Authent qui rem. num. 19. C. de sa-
crosanct. Ecclesiis.* Huc spectat quod permulti do-
cendo & consulendo tradunt, si maritus institue-
rit uxorem suam in usufructu bonorum omniū
vita durante, & post mortem ejus Cajum, quòd
uxor sit hæres absolutè & purè, detracta tempo-
ris mentione, ita Salic. *in l. extraneum, quæstione
fin. C. de hered. inst.* Angel. *in l. filius a patre, ff. eo.*
Jas. *in d. l. extraneum, colum. 4. versic. tertio princi-
paliter*, referens Bald. *in l. id quod pauperibus. in
14. quæst. C. de Episcopis & Cler.* Alexand. *consil. 162.
num. 3. lib. 2.* Barbat. *consil. 55. colum. 4. lib. 2* De-
cius *consil. 419 colum. penult. in 3 dubio* Paris. *cons.
65. num. 16. lib. 2.* Socin Jun. *consil. 84 num. 7. lib. 1.*
& consil.

*& consil.*188.*num.*43.*lib.*2. Bellonus *consil.*7.*num.*5. Berous *consil.* 350. *num.* 20. *lib.* 2. Menoch. *consil.* 105.*num.*1.*vol.*2.

Deinde posito, non tamen dato, unionem continere conditionem, quam tamen sui natura habere non potest: attamen quoties concurrit institutio pura cum conditionali, tum illa pura & magis plena prævalet. Sic Pompon. Jurisconsult. si te solum ex parte dimidia, ex altera sub conditione heredem instituero, & substituero tibi, non existente conditione, substitutum ex eadem parte heredem fore Celsus ait, *l. si te solum.* 27. *ff. de hered. institut. cum simil.* Idem igitur de præsenti unione dicendum; liberi enim ex præcedenti matrimonio pure & simpliciter sunt in unione comprehensi, nasciturі vero in eventum. Pura ergo unio ob non secutum eventum minime infringetur, sed subsistet.

Ex quibus hactenus relatis inconvincibiliter constat unionem, quæ facta est in favorem primi matrimonii, & etjam alias non natis liberis ex secundo matrimonio subsistere. Nunc posito, non tamen dato, unionem sub conditione nasciturorum liberorum factam esse vel fieri posse, similiter videndum est, an unio principali intentione & spe nasciturorum liberorum inita, si nulli deinde nascantur generenturve liberi, quoad liberos sibi unitos & assumptos, concidat & non subsistat.

10 Quia vero † unio prolis vel parificatio veteribus Jureconsultis ignota fuit, & moribus Germaniæ inducta est, ideo pro decidenda hac quæstione ad similia juris recurrendum est.

Ac initio dictum est, unionem cum adoptione summam habere conjunctionem, iisdemque regi & decidi juris authoritatibus. Adoptio autem modus est successionis ab intestato. Hæc vero ut plurimum præstat argumentum ad successionem ex testamento. Unde vulgaris locus est à causa intestati ad causam testati, *Everhard. in Topic. per text. in l. causa cognita. ff. de vulg. & pupill. pater instituto. §. si mortuo. ff. de captiv. & postlim. reversf.* Unde argumento substitutionis res dirimenda & decidenda est.

Nobile est judicium Curiarum apud Romanos, cujus crebra est apud Cic. mentio *in Topicis & in libro 1. de orat. & in Bruto, & pro Cecinna,* & apud Quintil. quod videlicet viri consulares, Mutius Scævola & L. Crassus ambo eloquentissimi, ambo juris peritissimi, in diversas partes ierint. Nam cum Pomponius quidam testamentum fecisset posthumo herede scripto: Et, si is moreretur, priusquam in suam tutelam veniret, M. Curium substituisset: nec natus posthumus ullus fuisset, Crassus contendebat voluntatem testatoris esse, ut is, non nato filio heres esset, qui mortuo futurus erat. Contra Scævolam cum ex verbis id colligi non posset, sed Crassi sententiam secuti sunt juris authores. Sic Modestinus Jureconsult. authoritate D. Marci & Veri, *l. nam hoc jure utimur.* inquit, ex D. Marci & Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius heres non extiterit, sive extiterit, & impubes decesserit, &c. *ff. de vulgar. & pupill. substit.* Sic etjam Justinian. Papiniani & Ulpiani opiniones referens. Cum quidam prægnantem habens conjugem, scripsit heredem ipsam quidem uxorē suam ex parte: ventrem vero ex alia parte, & adjecit: si posthumus natus non fuerit, alium sibi heredem esse. Posthumus autem natus impubes decessit, dubitabatur quid juris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis quæstionem esse scribentibus. Cum opinabatur Papinianus eundem testatorem voluisse, posthumo nato & impubere defuncto, matrem magis ad ejus venire successionem quam substitutum, si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit, multò magis luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit.

Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem resecantes, substitutionem quidem in hujusmodi casu, ubi posthumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, cum posthumus minime editus fuerit, vel post ejus partum mater prior decesserit, *l. fin. C. de institut. & substitut.* In quam sententiam adduci potest, quod Paulus scribit *in l. qui ventri. ff. de ventre inspic. l. 1. § quamvis versic. sed etsi servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit. ff. eod. tit.* Quibus authoritatibus pro communi receptaq; opinione traditur, si substitutio facta sit (si posthumus nascatur) substitutionem porrigi, extendi, produci ad casum, quo posthumus natus non sit. Sicut etiam pro recepta opinione habetur, † substitutionem factam post mortem filiorum nasciturorum, purificari filiis non natis, 11 *Socin. senior consil* 52. *lib.* 1. *Socin jun. consil.* 181. *num.* 44. *lib.* 2. *Curtius sen consil.* 51. *num.* 28. *Paris. consil.* 70. *num.* 20. *lib.* 2. *Decius consil.* 227. *Alciat. consil.* 494. *num.* 11.

Et quo clarius horum sententia deducatur, Raynerius antiquissimus juris interpres eam tutatus est in tractatu substitutionum in materia vulgaris, sicuti refert Socinus *in l.* 1. *num.* 14 *limit.* 3. *ff. de vulg. & pupill substitut.* Si quis instituit posthumum nasciturum, & ei substituit Cajum sub conditione; si heres erit, & in pupillari ætate decesserit, admittetur quoque substitutus in casu, quo institutus natus non fuerit. Sic etjam Bartol. *in d. l.* 1. *num.* 33. si substitutio pupillaris facta est ventri, & partus non nascatur, substitutus admittetur. Cui etjam opinioni inhæret Guilhel. de Cuneo *in l. precibus. C. de impub. & aliis substitut.* referente Alexandro *in d. l.* 1. *num.* 35. Et Baldus similiter *in l. final. in ult. colum. versic. quarò quidam uxorem pragnantem. C. de institut. & substitut.* substitutus posthumo nascituro cum conditione; si decederet in pupillari, habet locum; & admittitur eo etjam non nato, *per d. l. qui ventri. juncta gl. & notatis ibi ff de ventre inspic. l. ab exhered. ato. in fin. ff. de legat.* 1. cum à posthumo ita legetur, si heres erit, & non nato posthumo substituti adeant, legata eos debere existimandum est, quæ ille, si viveret, debiturus erat. Quo etiam pertinet, quod Ulpian. respondit *in l. si nemo. § final. ff. de testament. tut.* testamento datus posthumo tutor; nondum est tutor, nisi posthumus edatur. Datur tamen adversus eum substituto pupilli negotiorum gestorum actio. Sic etjam Justinianus *in d. l. final. C. de institut. & substit.* Ita pariter Alberic. de Rosat.

C ante

ante Bald. in rubr. D. de vulgar. & pupill. num. 23. versic. sed adhuc circa vulgarem tacitam moveo tale dubium, &c. ubi dicit, se vidisse hanc quæstionem de facto, &c. Quidam habebat uxorem, quam prægnantem credebat, & condens testamentum scripsit, filium nasciturum ex uxore mea heredem institno: Et si heres erit, & in pupillari ætate decesserit, Titium substituo, filius non nascitur. Numquid substitutus admittetur ex tacita vulgari sub pupillari comprehensa? Post exactam itaque disputationem ibidem concludit substitutum admittendum, ex ista potissimum ratione: quia inquit, si voluit admitti substitutum, in casu, quo nasceretur, argum. l. cum acutissimi. C. de fideicommiss. & per §. 1. ibi quo casu, siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres. Instit. de pupill. substitut. Tandem ait, se vidisse ita servari de facto ex consilio multorum peritorum. Sic quoque Angelus in l. lex Cornelia. ff. de vulgar. & pupill. & consil. 93. incip. visis & inspectis. colum. penult. cum non sit verosimile testatorem voluisse eum, quem voluit admitti natis filiis, excludi non natis. Et quod ideo testatoris intentio, quæ regit & gubernat conditiones, potius sit attendenda, & concludit in hæc verba: Quamobtem arbitror æquum fore secundum conscientiæ puritatem, intentionis testatoris rationem habendam, & ideo substitutum admittendum etjam casu, quo natus non fuit, &c.

Quam præcedentem opinionem, quod videlicet substitutus sub conditione expressa, si filii nascituri sine filiis decesserint, comprehendat etjam casum, quo nulli filii nati sunt, sequuntur præstantissimi & clarissimi quique Jurisconsulti. Salycet. in l. si testamentum. in 5. quæst. princip. num. 16. C. de institut. & substitut. Imola in d. l. final. §. final. ff. de legat. 1. Aret. in l. quamdiu. colum. penult. num. 7. reprobando opinionem Oldradi, ff. de acquirend. heredit. Alexand. veriorem esse dicens in d. l. 1. num. 33. ff. de vulgar. & pupill. & ibi Jas. qui ait, semper se secutum esse, defendisse hanc opinionem, num. 28. & num. 59. & latissime consil. 148. incip. aggredior. lib. 2. ubi etjam comprobat pluribus fundamentis, & respondet contrariis, & consil. 203. incip. circa primum. in 10. dub. lib. 2. In quam sententiam alii plerique veteres & recentes inclinant, Calcagninus consil. 103. incip. contra Reverendissimum, &c. Quod si substitutio pupillaris facta ventri, si in pupillari ætate decesserit, comprehendat casum, quo natus non sit partus. Item, quod substitutio compendiosa, quæ continet vulgarem, verificetur etjam in non nato; subjicit, quod sæpius ita responderit, fretus authoritate Fulgosii præceptoris sui, cui consilio Calcagninii subscripsit Antonius Rolellus, consilio seq. num. 104. Idem respondit Corneus, consil. 276. incip. viso suprascripto. libro 3. ubi concludit, quod substitutio facta posthumo, si nasceretur, militer etjam non nato posthumo. Eandem opinionem sequitur Curtius senior, consil. 72. incip. Dominus Ludovicus. &c. colum. penult. in fine. reprehendens tacite Anchar. consil. 356. incip. ex serie. & clarius idem Curtius, consil. 51. incip. super testamentis. in colum. penultima. Item, Maria. Socin. junior, consil. 181. incip. de duobus. libro 1. & consil. 106. numero 14. eodem lib. per nota Baldi in dicta l. final. C. de institut. & substitut. Item, Decius acriter hanc opinionem defendens, veramque esse dicens, & probari tam ex verbis, quam ex mente testatoris, consil. 227. incip. in casu. in secundo dubio, lib. 2. ubi etjam respondet omnibus contrariis, & consil. 238. incip. proponitur. num. 3. Et Stephanus Bertrandi Gallus insignis Jureconsultus, consil. 174. incip. Nemini dubium. numero 30. libro 3. & Berous consil. 102. numero 18. Et Tiberius Decianus consil. 10. num. 60. usque ad 95. libro 1. & Alciatus docendo & consulendo, docendo quidem in l. commodissime. numero 21. ff. de liber. & posthum. & in tractat. de verbor. signific. lib. 3. fol. 2. consulendo autem, consil. 250. num. 6. & consil. 494. num. 11. Bursatus consil. 19. num. 13. libro 1. ubi Marzardum refert scripsisse hanc opinionem indubitatam appellatam, & ita judicatum in curia Romana, &c. ac novissime acutissimus Viglius Zvichemius in §. 1. versic. & ipsi filio. num. 20. Instit. de pupill. substitut. ubi ait: Crassi sententiam nostri interpretes communi vero calculo D. Marci constitutionem sequi maluerunt, tametsi Ancharani quoddam responsum Marius Salomonius in contrarium alleget, quod ab Alciato & ab aliis refutatum est. Ego autem, inquit Viglius, hac de re sæpe dubitavi ob Scævolæ authoritatem, quæ apud omnes antiquos maxima fuit. Neque ex uno scalmo captionis, ut Crassus jocabatur, hanc ille mihi litem constituisse videtur. Et quanquam communi calculo secundum Crassum quæstio hodie decisa sit: cogitabam tamen, quæ Crassum movere potuissent, ut hanc sententiam defenderet. Ita Viglius in dicto §. 1. versic. & ipsi filio. numero 20. Cujus rei ratio ab omnibus fere refertur, quia † pupillaris substi- 12
tutio expressa continet sub se vulgarem tacitam, l. quævis. C. de impuber. & aliis substitut. Interpretes omnes in l. 2. ff. de vulgar. & pupill. & passim Jureconsulti. sub qua vulgari continentur omnes casus, per quos institutus heres non fit, l. 3. in fin. ff. de liberis & posthumis. & in l. 1. ff. de vulgar. & pupillar. in secunda quæstio. & omnes in l. 3. C. de hered. institut. & substitut. Cujus regulæ insignia passim referuntur exempla ab Imola, in cap. Raynutius. extra de testament. & in l. qui habebat. de vulgar. & pupillar. ff. Idem exemplo ostendit Joannes Andr. in addit. ad Specul. in tit. de secund. nupt. in Rubr. quam traditionem Joan. Andr. sequitur Bartol. Bald. & Alberic. in Authent. hoc locum. C. de secund. nupt. Idem de aliis exemplis responderunt Calcagninus consil. 103. Castrens. consil. 89. incip. dubitatio vertitur. num. 2. lib. 1. quod vulgaris in casum mortis extendatur ad casum repudiationis, sequitur Paris. consil. 19. incip. ad resolutionem. num. 175. lib. 2. Fulgosius in l. final. in 2. colum. C. de institut. & substitut. ubi ait, se consuluisse, quod substitutio facta fratri, si ante testatorem moreretur, habebit locum, etiamsi mortuus sit post testatorem, hereditate tamen non adita, licet substitutio facta erat sub conditione, si frater moreretur ante testatorem. Sequitur Imol. in cap. Raynutius. in materia vulgaris. & Alexand. in l. 1. colum. 8. ff. de vulg. & pupill. Idem respondit consil. 130. incip. videtur. lib. 2. Quod si testator instituit Titium, & si decesserit sine filiis masculis, mandarit dotari

fœmi-

fœminas nascituras, & in residuo bonorum suorum substituit Sempronium, si decesserit heres Titius sine masculis, relictis filiabus, quæ similiter fuerunt mortuæ, antequam dotarentur, consuluit, inquam, talem substitutionem locum habere in omnibus bonis, quanquam in residuo tamen & sic in parte videretur substitutus, &c. Quinimo vulgaris quoque sub ista conditione si sine liberis decesserit, &c. extenditur ad omnes casus impotentiæ, puta, quia natus non sit, vel quia testator erret, vel quia sit nullum præteritione: cum substitutio vulgaris in unum casum facta expresse comprehendat omnes casus, qui possunt adaptari impotentiæ, per generalem doctrinam *in l. Gallus. §. & quid si tantum.* quam sequuntur ibi omnes, *ff. de liber. & posthum. &c.* ad quem finem plura exempla alia adducuntur à Tiberio Deciano, *responso 10. num. 85. usq; ad num. 99 lib. 1.*

Argumento itaq; præclaro hujus decisionis de substitutione, quæ etiam non natis iis, quibus substitutio facta est, robur firmitudinemq; habet: Idem in unione prolis nostro casu decidendum & definiendum est. Neque mutant, aut evertunt superiora, quæ objici possunt, licet à domino consultore adducta non sint.

Ac primo quidem obstare videtur acriter, quod conditio tacita huic unioni inesse videtur, si nulli nascantur, ut tum unio infirmetur, & non subsistat, quoad liberos prioris matrimonii

13 per unionem ascitos. † Conditionis autem natura est, ut adimpleatur in forma specifica, *l. qui heredi. l. Mævius ff. de condit. & demonst.* Ideoque ea non impleta in forma specifica, & quemadmodum verbis concipitur, dispositio deficit, *l. ex facto §. si quis autem susceperit. ff. ad Senatusc. Trebell. l. cum. ibi: conditionem fideicommiss. defecisse. ff. de condit. & demonst. l. generaliter ibi: evanescere substitutionem. C. de instit. & substit.* Nam in conditionibus merum factum inspici debet, an verbis congruat. Neq; curandum, an sortiatur juris effectum, *l. filiusfamilias § cum quis. ff. de legat.* 1. unde vulgatum axioma; conventio nihil ponit inesse, *l. cedere diem. ff. de verb. signif. Bartol. & alii in l. 1. ff. de condit. & demonst.* & deficiente implemento non potest sortiri effectum, *l. 1. ff. de donat.* Item, conditio in totum suspendit actum, ita ut nihil fieri possit, antequam sit impleta, *l. qui heredi in fin. & ibi Bart. & Socin. in 3 notab. ff. de condit. & demonst.* latissime interpretes docendo *in l. 1. ff. d. tit.* & consulendo passim, inprimis post veteres Roland. *consil. 2. nu. 23. & consil. 24. num. 15. & consil. 55 num. 25. consil. 65. num. 24. consil. 70. num. 67. lib. 3.* Bursatus *consil. 40. num. 42 consil. 56. num. 10 lib. 1.* Tiberius Decianus *consil. 43. num. 2. & num. 115. lib. 3.* cum inducat formam, *responso consil. 72. num. 26. lib. 2. cum concord.*

Dum itaque filii nati non sint, dicendum videbatur unionem expirasse, conditio enim existere & purificari non potest, cum non possit succedere is, qui nunquam natus est, *argum. l. quidam. §. 1. ff. de manumiss. testam. l. Titio ususfructus. ff. de condit. & demonst.* Mors enim privatio est vitæ, & omnia solvit, *l. 1. in fin. ff. nil novandum pend. appell. l. si ita fuerit. in 1. respons. ibi: non enim pœna ff. de manumiss. testament. § deinceps. in authent. de nupt.*

14 Privatio † autem præsupponit habitum, *l. manumissionis. ff. de justit. & jur. l. decem. ff. de verbor obligat. cum simil.* Ac non natorum nulla potest esse qualitas, cum non entis nullæ sint qualitates, *l. nam etsi sub conditione. ff. de injusto, &c. testamento. l. ejus qui in provinciam. ff. de justit. & jur. l. decem ff si cert. petat. cap. ad dissolvendam causam. de despons. impub.* sicuti quoque ex dispositionibus privativis nunquam resultat habitus, *l. ex facto. ff. de hered. instit. l. Titia ff. de manumiss. testam.* Ejus enim, quod non est impossibile, est dari partem aut qualitatem, *l. si quis cum totum. §. si ancillam. ff. de rei vendicat. l. adeo. §. si tota. ff. de acquir. rer. domin. l. 2. ff. de usufruct. cum simil.* Quemadmodum non valet venditio rei non existentis, *l. domum. ff. de contrah. empt.* nec judex potest æstimare rem non existentem, *l. in actionibus. in fin ff. de in lit. jur.* nec potest demonstrari, quod non est *Bartol. in l. demonstratio. column. 2. D. de condit. & demonst.* Bonitas loci, quia non extat, æstimari non potest, *l. si servum mihi. §. 1 de actio.* Nec notorium potest appellari, quod non est in rerum natura, *c. quod si ea. de translat. Episc. Cravet. consil. 221. num. 1. & consil. 222. &c.*

Secundo huic sententiæ patrocinatur, quod casus hic, si nulli nascerentur, fuit omissus ab uniente vitrico videlicet: manere ergo debet in dispositione juris communis, quo jure communi collaterales vocantur ab intestato, *argum. l. si cum dotem. in princ. ff. solut. matri. l. commodissime ff. de liber. & posthum.* Quod enim testator non loquitur, velle non præsumitur, *l. 1. §. sin autem ad deficientis. C. de caduc. toll. l. quidam cum filium. ff. de hered. instit. cum vulg.*

Tertio, relictum † sub conditione censetur 15
sub contraria denegatum, *l. si legatum pure. l. legata inutiliter. l. aliquando. in fin. ff. de adimen. leg. l. quod jure. ff. quando dies legat. cedat. l. 2. & ibi glossa in verb. conditionalis. ff. de in diem addict. Bartol. in l. paterfamilias testamento quæst. 10. ff. de hered. instit. Bart. & Castrens. in l. quibus diebus. §. quidam Titio. ff. de condit. & demonst.* Atqui conditio si nascatur: & altera, si non nascatur, sunt contrariæ: quibus quidem potissimum rationibus aliqui, & inter hos præcipue Ancharanus *consil. 356.* novandæ opinioni studens, adversus Crassum & juris autores conati sunt, præcedentem de non natis liberis opinionem perturbare & infringere, quod etjam novissime Cephalus *consil. 644. num. 18. & seq. lib. 5.* sed valde infeliciter contra Tiberiũ Decianum, *consil. 1. num. 18.* tentare ausus est.

Verum superioribus argumentis non obstantibus communi assensione, paucis reluctantibus contraria sententia obtinuit: non natis filiis nihilominus substitutionem subsistere, nec vitiari ac evanescere propter defectum liberorum non natorum. Et sic idem definiendum est in unione.

Quæ quidem communis sententia, præterquam quod expressis textibus juris nititur, utpote prudentum responsis & principum constitutionibus, ut supra deductum est. Res per se momenta præjudicatarum sententiarum confert, præsertim nostra sive numerus, sive autoritas eorum, qui eam tuentur, sive momenta rationum considerentur, facile vincit, & contrariam elidit, de cujus opinionis communis receptæque sententiæ vi & efficacia eruditissime Anto-

C 2 nius

nius Marcus Coratius *in tract. de communi opinione* differit. Non obstat igitur, neq; communem mutat sententiam primum argumentum ex defectu conditionis deductum: quia Jurisperitissimus Tiberius Decianus octo modis, partim suis, partim aliorum objectionem hanc diluit, *d. consil.* 10. *num.* 136. *usq; ad num.* 145. *lib.* 1. inter hos responsionem Castrensis adducit, ex quo videlicet filii nascituri nati non sunt, conditionem ipsam reddi impossibilem, ideoq; pro non apposita haberi: Sic Julianus Jureconsult. in simili in testamento sic erat scriptum. Lucio Titio si is heredi meo tabellas, quibus ei pecuniam expromiseram, dederit, centum dato, Titius deinde, antequam tabellas heredi redderet, decesserat. Quæsitum est, an heredi ejus legatum deberetur? Cassius respondit, si tabulæ fuissent, non deberi, quia non redditis his, dies legati non cessit. Julianus notat, si testamenti faciendi tempore tabulæ nullæ fuerunt, vera ratione dici potest, legatum Titio
16 deberi, quod † impossibilis conditio pro non scripta habeatur, *l. ab omnibus.* 104 §. *in testamento. ff. de legat.* 1. Et Pomponius, sed Servius respondit: Cum ita esset scriptum, si filia & mater mea vivent, altera jam mortua non defici conditionem. Idem est & apud Labeonem scriptum. Sabinus quoque & Cassius quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas, pro non scriptis esse. Quæ sententia admittenda est, *l. multa.* 6. § *si servos. versic. sed Servius. ff. de condit. & demonst.* Sic etiam Justinianus: Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis & libertatibus, pro non scripta habetur. §. *& impossibilis. Instit. de hered. instit.* Præter illam allatam refutationem, & alias à Tiberio adductas,
17 certissimi juris est † interpretationem hominis cessare, ubi manifesta, aperta & expressa est interpretatio ipsius legis, *argum. l. non dubium. C. de legib.* sicuti etiam præsumptio hominis concidit, ubi manifesta est præsumptio, juris & de jure, *per vulg.* unde prohibita interpretatione per statutum, prohibitio intelligitur de interpretatione hominis, non etiam de interpretatione legis, *l. omnes populi. ff. de justit. & jur. Bald sequitur ibi Jas. nu.* 53. *Barbat. in l. cum acutissimi. num* 169. *C. de fideicommiss. Sichar. in l. fin. nu.* 334. *C. de edict. D. Adria. tollend.* Hinc etiam juris præsumptio dicitur aperta & clara probatio & veritas, *l. licet Imperator. ff. de legat.* 1. *& ibi Bart. num.* 2 *Jas. num.* 5. *l. quidam testamento. ff. de vulg. l. si quis locuples. in fin. ff. de manumiss. testam. l. dolum. C de dolo. cum aliis concordantibus passim relatis tam docendo, quam consulendo.* Ita novatio, quæ non præsumitur, sed debet expresse fieri, *l. fin. C. de novat.* expresse fieri dicitur, si de coniecturis constat, ut ibi declarat Cyn. Idem scribit Imola *in l. de legato. ff. de novat.* Alexand. *consil* 73. *col* 1. *lib.* 2. Afflict. *decis.* 44. *num.* 15. Menoch. *consil.* 5. *nu.* . *lib.* 1.

Atqui non tantum prudentes, sed & principes ipsi hanc conditionem, si nascantur liberi, nec ulli deinde nascantur, pro impossibili & non adjecta interpretantur, dictis juribus supra copiose allatis, &c. Ergo hæc interpretatio legis in certamen dubiamq; disputationem deduci non debet.

Accedit, quod ante quoque dictum est, si ex una parte actus purus sit, ex altera separata parte adsit conditio, propter conditionis defectum, actum purum non vitiari vel inutilem reddi, & hæc quidem omnia ad positionem, non vero ad concessionem unionis prolis sub conditione, si nasceretur, &c. facta esse. Non facit negotium, quod de casu nostro omisso, qui in dispositione juris communis manet, objici potest, quia hoc argumentum pertinet ad statum mentis & voluntatis: quæ quidem superior conjectura longe evidentioribus & manifestioribus convellitur. Primo quidem non solum conjecturis firmissimis supra relatis, sed insuper etiam aliis. Si enim vitricus univit sibi filios ex priori conjugio natos, eo casu si ex suo corpore nascerentur liberi, magis existimatur eos univisse, vel unione ascivisse, si nulli prorsus nascerentur. *Ita Socinus jun. in simili consil.* 114. *visis ac mature. num.* 26. *& seq. lib.* 1. Quod si testator voluit substitutum admitti expresse, postquam hereditas sua pervenisset ad institutum, & ejus heredes, multo magis præsumitur voluisse admittere in casu, quo nunquam pervenisset ad institutum hereditas, licet de eo casu mentionem non fecerit, *& alibi consil.* 106. *incip. pulchra profecto. num.* 2. *vers. quæ conclusio. lib.* 1. sic argumentando, inquit, quod si testator admitti voluit substitutum, casu, quo institutus jam hereditatem suam habuerat, multo magis, quando illam habere non potuit, *argum. l. patre furioso. ff de his qui sunt sui vel alien. jur.* Quo pertinet illud vulgare: Turpius ejicitur, quam non admittitur hospes, de quo *in c. quemadmodum. § alioquin. extra de jurejur. & glossa ult. in c. fin extra de restit. spol.* Secundo, quod in unione vitricus casum non natorum liberorum non omiserit, sed cogitaverit unitos sibi liberos fore heredes, etiam non natis liberis ex suo corpore annis videlicet viginti sex, & aggravescente ætate uxoris, quæ amplius uterum gerere non potuit, nihilominus tamen perseveraverit in ea unione, cum uxore ad partum inutili reddita, potuisset nihilominus declarare voluntatem suam. Atqui non declaravit, nec mutavit, sed pro filiis habuit, donec vixit, ac in eadem voluntate & animi significatione decessit, ideo ipso facto voluntatem suam & mentem ac intentionem de liberis jam natis, & in unionem susceptis, pro unitis habendis, etiam nullis aliis ex secundo matrimonio existentibus, ostendit. Vo-
luntas † enim magis facto quam verbis declara- 18
tur. *l. reprehendenda in princ. verb. illa. C. de instit. & substit. l. de quibus. in fin. ibi: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declararet, an rebus ipsis & factis. ff. de legib.* Et Ulpian. pro herede gerere videtur, qui aliquid facit quasi heres, *l. pro herede. ff. de acquir. hered quo spectat l. qui errat.* 49 *in fid. & puto. §. sed & si quis ff famil. her. isc. l. profectitia. §. si pater. ff de jure dot. l. Paulus. l. non tantum* 5. *ff. rem rat. haber. c. cum super. extra de offic. deleg. c. uxoro. extra de his quæ fiunt à major parte. c. ut nostrum. extra de appellat.* Quinimo voluntas melius & clarius declaratur facto quam verbis, cum facta effectum ipsum ostendant. Verba vero aliquando contra proferentis voluntatem sint, ita egregie probat text. *in c. dilecti.* 2. *& ibi not. Decius in* 2 *notab. extra de appella.* Et ejusdem legis authoritate idem ostendit Anchar. *cons.* 302. *num* 3. Fortiora nempe esse facta ad declarandam hominis voluntatem, quam sint i-

ipsa

psa verba. Idem ostendit Panormit. *consil.116.nu. 3.lib.2.* quem secutus est Jas. *in l.reprehendenda.nu. 7.C.de instit.& substit.* & Gozadin *consil.*101.Socin. jun *cons.13.lib.1.& cons.42.nu.14.lib.2.* Grammat. *cons.13.nu.3. in criminalibus.* sequitur Menoch.*consil.50.nu.16.lib.1.* inquiens: Et hanc declarationem voluntatis ex facto provenientem aliqui ex relatis tacitam esse dixerunt, illud magis mihi placet, quod sit media inter expressam & tacitã, ut scribit Salic. *in l.1. C.si major fact.rat.habuer.&c.* Curt.jun. *consil.20 num.9.* Est enim tacita quoad verba: expressa, quoad effectum, ita Menoch.*alleg.consil.50.*

19 Ex quo consequens redditur, † omissum casum non dici posse, in quo major versatur ratio, quam in comprehenso verbis claris, ita post Oldrad.*cons.224.* respondet Cravet.*cons.130.nu.7.lib. 1.* qui post Bald. subjungit, quod non dicitur omissus ille casus, qui ex mente disponentis in expresso continetur, quod responderunt Gozadin. *cons.65.in fin.* Paris.*cons.75.nu.38.lib.2.& consil.66. nu.63.lib.3.& consil.72.nu.98 lib.4.* Tiraquell.*late in l.si unquam.in verb.libertis.nu.45. C.de revoc.donat.* Unde cum non mutaverit voluntatem, sed perseveraverit per tam longum tempus in voluntate, agnoscendo videlicet unitos pro liberis, censetur quoq; in ea durasse, & in ea mortuus fuisse, *per not.in l.tractabitur.ff de testam.milit.& in l.3.C.de inoffic.testam. Aretin.in l.qui superstitis.col.3.& 4 vers. circa secundum.ff.de acquir.hered. per l.cum tacitum ff. de probat. l.eum qui. ff eod. l.cum hic status. ff.de donat. inter vir.& uxor. Jas.in l.sancimus. in 3. notab. C.de testam.& in l.non hoc. col.4. vers.confirmo. C.unde legit. Alexand.cons.113.nu.18.lib.6. Barbat.cons.25.nu.9.lib. 2.* Idq; maxime cum nihil novi emerserit, vel afferri queat, per quod possit verisimiliter præsumi, quod mutaverit voluntatem, *l.Paulus § 1.ff.de legat.3. l.Mavia.§ fin.ff.de annuis legat. l.rem legat.ff.de adim. legat. c. suggestum. extra de decim. & per ea quæ tradit Bart. in l.in confirmando. ff.de confirm.tut. Aret. consil.22.incip.diligenter.col.3. Alexand.in l.qui Romæ. §.duo fratres in ult.col.ff.de verb.oblig. Bald.in l.tale pactum.§.fin ff.de pact. Decian.cons.46.nu.47.lib.2.* sic Bald. *in l.1.col.fin.vers sed ulterius quæritur. C.de inoffic.donat.* ubi ait: Licet donatio per supervenientiam liberorum revocetur, *l si unquam. C.de revoc. donat.* tamen si post susceptos liberos, & eos mortuos supervixit post decem annos, neq; donationem revocavit, censetur omnino voluisse donationem valere, & decessisse in eadem voluntate. Idem tradit Castrens. *in l.2.ad fin. C.de posthum.hered.instit.* ubi hoc dicit inprimis procedere, si potuit mutare, nec mutavit. Idem consuluit Philip. Corneus *consil.234 incip.placent mihi in primo. lib.2.* Ita quoque si patet ignoranter posthumum præteriit, aut etiam jam natum, legata non conservantur, *Auth. ex causa. C. de liber. præter.* attamen si post nativitatem posthumi, aut posteaquam notitiam habuit eum natũ, diu supervixit, habuitq; potestatem mutandi testamentum, nec mutavit, censetur voluisse in eadem priori voluntate decedere, & successive debentur legata. Ita Castrens. *in d.l.1.C de posthum.hered.& cons.200.incip. clarum est testamentum.in fin.lib.1.& cons.15.à secundo quæsito.col.3.& consil.281.incip.quanquam multa.col. ult.& cons.322.incip.in casu supra dicto.in fin.lib.2.* Roman.*cons.122.incip.creata id col.3. Alexand cons.123. incip.discussis col.fin.lib.2.& consil.incip ponderatis hu. col.1.& consil seq.col.2.eod.lib.* Sic etiam Castrens.in alia facti specie consuluit; testator habens filiũ, reliquit aliquid uxori, quod vim pleni ususfructus habebat, si filius non viveret, *juxta Auth quod locum.C.si secund.nupser.mul.* si deinde ipse filius vivo testatore & eo sciente decesserit, ac testator habuerit facultatẽ & tempus mutandi testamentum, nec tamen mutavit, censetur ita voluisse testari, etsi filiũ non habuisset. Idem Castrens.*consil. 218.incip.quod uxor.lib.1.*& in simili idem Castrens. Si quis in testamento aliquid legavit puellæ, pro ea maritanda, si vivente testatore hæc nubat, extinguitur quidem secundum Bart. *in l Lucius.ff.de legat.2.* si tamen testator sciens illam nuptam, nõ mutavit testamentum, cum mutare potuit, existimatur voluisse decedere cum eodem testamento, & successive legatũ debetur, ac si ea nondum nupsisset, *per l.Athletæ. vers.dat remissionem. ff.de excus.tut. Bart.in l.lex Cornelia.in fin ff.de vulg.& pupill.* ita Castrens.*cons.214.incip.ego Paulus de Castro.lib.1. & cons.148.incip.proponitur in facto.in fin.lib 2.* sequitur Tiber. *cons.46.nu 50.& seq.lib.2.* quod etiam idem Tiber. tradit alibi. Si testator, inquit, post testamentũ vixerit longo tempore, & viderit se neq; filios habere, neq; nepotes, imo neque duxisse uxorem, præsumitur velle decedere cum illo testamento, & successive cogitasse, ex eo testamento sibi relinquere heredem, qui non natis filiis nullus alius esse poterat, quã fratres sui, quos substituerat, & ista est optima conjectura, inquit, quia si putasset expirare substitutionem, mutasset utiq; testamentum, cum voluerit testatus decedere, *per gloss.in l.tractabatur.verb.nihil ff.de testa. milit & tradit Alex.in auth.ex causa.C.de liber.preter.* Ita Tiber.Decia.*consil.10.nu.122. vers.item talis voluntas lib.1.* Quæ conjectura voluntatis ex diuturnitate temporis, nempẽ 26.annorum, plurimum quoq; corroboratur, cum tempus decennale inducat præsumptionẽ donationis, ratificationis, tituli, consensus, divisionis & similiũ, &c. quemadmodum latissime tradit Tiraq.*in tractat.præscriptionu.§.1.verb.dictam gl 4.* Quinimo ex diuturna hac tractatione, qua eos tanq̃ suos filios habuit & tractavit, etiamsi nulla verba intervenissent, præfatos liberos ex R. in quasi possessione filiationis constituit, *arg.l.quidam.15. in fin. D.de probat. & ibi interpretes Panorm. & cæteri in c. transmissæ. extra qui filii sint legit. & alii qui à Josepho Mascardo referuntur in vol.2.de probat.concl.789.post Didac.in epitome c.8. §.3 nu.9 part.2.& Menoch.de arbit.Jud.quæst.casu 89. nu.60.& Vasq.in illust.quæst c.85.num.20.*

Tertio non parvam quoque conjecturam ex præcedentibus præstat & confert, quod si vitricus interrogatus, an unitos pro liberis suis & nullis ex suo corpore natis habere voluerit, haud dubie respondisset, se habiturum pro liberis. Nam nemo præsumitur facere velle actum elusorium & nullum, ac † ea semper facienda est interpreta- 20 tio, ut actus potius valeat, quam pereat, *l.3. ff.de testam.milit. l.quoties. ff.de reb.dub.l.divus. ff.de usu & habitat.cum similibus ante deductis.*

Quarto cum vocantur plures, & unus nec tempore conditi testamenti, nec mortis testatoris repetitur, ut in eo, qui vivo testatore conce-

ptus & natus non est, hic non natus, non vacatus censetur. Testator enim eum demonstrare non poterat, cum in rerum natura non esset. Non enim nondum conceptus & natus in numero cognatorum connumerari potest, *l. si ita fuerit ff. de legat. 3. l. 1. §. si quis proximior. ff. unde cognat. Tiraq. late in retract. lignagier.* §. 10 *gloss. 9. nu* 84. Quemadmodum etiam cessat affectio, ob quam testator vacationem facit, *l. si à cognatis. & ibi Bart. & Socin. num. 32. ff. de reb. dub. à contrario sensu Ruinus cons. 36 num. 12 lib. 2. Roman. cons. 134. nu. 5. & cons. 231 num 1. alios referens Tiraq. in d. gl. 9. nu. 85. quibus accedit Socin jun. consil. 171. nu. 24 lib. 2.* Sic expresse Modestinus Jureconsultus in fideicommisso, quod familiæ relinquitur, si ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt. *l. cum ita nunc. l. omnia. 32 § in fideicommisso vero.* & qui ex nomine defuncti fuerint, quo testator moreretur, *d. §. in fideicommisso. ff. de leg at. lib. 2.* Argumento itaq; hujus responsi, idem nostro casu dicendum: univit enim natos cum nascituris, qui in rerũ natura non erant, nec deinde fuerunt, unde solos natos univisse putatur.

Quinto dispositio testatoris de personis facta, verificatur in iis maxime, quæ personæ tempore conditi testamenti extiterant, *l. uxorem. 41. §. testamento priores. ff. de legat. lib. 3.* ibi: eam videri ætatem designatam, quæ esset, cum à testatore relinqueretur. Similis est text. *in l. si ita. ff. de aur. & argent. leg.* ubi Paulus: legans vestem, intelligitur legasse eam, quam tunc habebat, nõ futuram, &c. Ergo pari ratione nostro casu censetur natos vocasse & univisse.

Sexto, cum persona certa est vocata, tempus conditi testamenti inspicitur, non autem successionis: quia persona certa designata & monstrata dicitur, ita à contrario sensu Aret. *in l. etsi contra. col 6 vers. ad secundum ff. de vulg. & pupill.* cum aliis relatis à Tiraq. *de jure primogen. quæst.* 40. *num.* 198. Atqui nostro in casu personæ certæ, hoc est, quatuor liberi ex matrimonio præcedenti fuerunt vocati & uniti. Ergo aliis non existentibus vocati & uniti manent.

Septimo, persona indeterminata, sub aliqua qualitate vocata, deficiente qualitate, vel si ante eventum moriatur, non dicitur qualificate vocata, sed omnino in dispositione omissa, atque nullo modo vocata. Atqui liberi futuri vel nascituri ex secundo matrimonio cum vidua, initio vocati non sunt, & sic deficit qualitas. Ergo in unione non censentur comprehensi. Major propositio probatur lege, authoritate & ratione. Lege, puta responso Pomponii: Commodissime, inquit Ponponius, is qui nondum natus est, ita heres instituitur, sive vivo me, sive mortuo me natus fuerit, heres esto. Aut etiam pure neutrius temporis habita mentione, si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, quo omissus sit natus, rumpit testamentum, *l. commodissime.* 10 *ff. de liber. & posthum.* hoc est, si instituatur posthumus, si se vivo nascatur: si nascitur testatore mortuo, non dicitur institutus, etiam sub conditione. Authoritate probatur, nempe Comensis & Aret. *in d. l. commodissime.* ac Aretini *in l. etsi contra. colum. 6. ff. de vulg. & pupill.* & aliorum, quos retulit Tiraq. *de jure primogen. quæst. 40. num. 198. & in tract. de retract. Lignag. §. 1 gloss. 9. nu.* 101. Idem visus est sentire Everhard. *consil. col.* 5. Ratione etiam probatur, ex quo enim filii nati non fuerunt, nunquam etiam censentur vocati, sed omissi, *Bellam. conclus. 274. col. 8. sequitur Menoch. consil. 106. nu. 129. & seqq. lib. 2. Alciat. in d. l. commodissime. num.* 10. Atq; sic à contrario, in liberis non natis tanquam in personis incertis & indeterminatis, casus omissus habetur pro omisso: in natis autem quatuor minime habetur pro omisso, sed pro disposito, determinato & certo.

Non obstat, quod tertio loco opponi potuisset de argumento à contrario sensu: quod videlicet datum sub una conditione, videtur sub contraria ademptum, quia duplici ratione quoad casum nostrum responderi potest.

Primo, quod dictum argumentum procedat in defectu causæ finalis, ut docent periti Cynus & Bald. *in l. conventiculam. C. de Episc. & cleric.* & omnes *in l. 1. ff de offic. ejus cui mand. est jurisdict.*

Secundo, quia unio prolis facta est pure, sicuti ipsa verba instrumenti sunt: Vnd weiter beredt vnd betheidigt / daß fürter zwischen den Kindern / so Reinstein hinderlassen / vnd denen / so Peter Schmidt vnd Elsa Eheleut fürter durch Gottes Segen vnd Gnaden erzeugen / gewinnen vnd vberkommen / sol ein Einkindschafft seyn vnd bleiben. Quæ verba puram unionem sine omni conditione inferunt. A quibus verbis puris propriis & significantibus non est recedendum, *l. illi aut ille. ff. de legat. lib. 3. cum similib.*

Nunc ad argumenta excellentissimi domini consultoris, &c. Nititur is primo loco autoritate, daß die Rechtsgelehrten dahin schliessen / rc. Atqui salvo honore domini consultoris, contrarium decisum & traditum extat ab eo, qui primus de unione publice scripsit. Nam Jacobus Rickius *in tract. de unione prolis cap. 7. de success. parentum & liberorum, num.* 71. sic scribit, verbotenus probabiliter dubitari poterat; quid sit statuendum, si unus saltem ex altero matrimonio superfit, omnibus alterius liberis vita functis, an hic quoad commodum succedendi utriq; tam vero, quam receptitio parenti pro justo habeatur filio? Sane cum primum quæstionem hanc apud me discuterem, non putavi dubitandum, quin pactum hoc quoad receptitium parentum cessaret, quia tum conjunctio illa & copula seu effectus parificandi ante mortem parentem deficit, (unio enim non est, nisi plurium rerum vel personarum, quæ inter se uniuntur) videbatur etiam dispositio unionis concidere, sicq; eo, ad quod unionis fieri debeat relatio, extincto, etiam illud, quod in ejus consequentiam fuerat provisum, extinguitur, hoc est, pactum paritatis dum non est, in quo pariatio fiat. At postea contrariam sententiam, quamvis invitis pene omnibus, quibus cum contulimus, tenere non addubitavimus, ratione illa moti, quia unio hæc non solum est facta, respectu utriusq; matrimonii liberorum interesse, sed etiam contemplatione parentum, ita ut reciprocatio illa seu respectus uniendi tamdiu verificari possit, quamdiu vel unus ex liberorum parentibus, vel alter, vel uterq; parens, omnes vel unus liberorum superierit. Cujus decisionis origo ex illa regula, quam supra tanquam summam constituimus,

peten-

petenda est. Quam sine scrupulo probat statutum Friburgense, quod in hanc sententiam. Tit. 4. tract. 3 §. So wann es auch / etc. conceptum, Und ob jhr Vatter vnd Mutter sonsten kein natürlich ehelich Kind hetten / so sind dieselben gleichgemachten Kinder vor männiglich allein erbfähig / vnd werden alle andere Sipverwandten / sie seyen in der auffsteigenden oder neben Linien / durchauß außgeschlossen vnd abgetrieben.

Hæc Rickii verba, &c. ex quibus luce meridiana clarius apparet Rickium, qui primus publico scripto de unione prolium materiam proposuit, excellentissimo domino consultori adversari, idq; non sine gravissima ratione: quia ut supra etiam deductum est, hoc pactum unionis interponitur ab utroque conjuge, tam à marito futuro, quam conjuge futura, & interponitur tam pro liberis jam natis, quam nascituris. Licet itaque non verificetur quoad non natos, tamen nihilominus pactum hoc subsistit in jam natis, per superiora late deducta. Sicuti etiam † jus accrescendi, licet id in contractibus communiter improbetur, *l. mihi & Titio. ff. de verb oblig cum suis concord.* hoc tamen casu unionis propter interesse matris admittitur, *argum. l. fundus ille ff. de contrah. empt. Bolognet. in l. re conjuncti. num. 412. ff. de legat. lib. 3.* Quemadmodum pariter unio prolis pacto inducta ad successionem ab intestato pertinet: in hac autem successione similiter jus accrescendi locum habet, *l. si ex pluribus. ff. de suis & legit. hered.* quidam omiserunt adire hereditatem vel morte, vel qua alia ratione impediti fuerunt, quo minus adeant: reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio, & licet decesserint, hoc jus ad heredes eorum pertinet. Argumentum præstat, quod Julianus scribit: Cum eadem res alteri pure, alteri sub conditione legatur: aut cum alter pure, alter sub conditione scriptus est, pars legati vel hereditatis accrescit etiam heredi ejus, cui pure legatum est, vel hereditas data est: si tamen hereditas ejus adita fuerit, *l. hac scriptura. 26. §. fin. ff. de condit. & demonst. quo etiam pertinet l. 3. §. fin. ff. de bon. poss. l. un. C. quando non pet. partes, & c. l. testamento. C. de impub. & aliis subst. l. vn. §. his ita. C. de cad. toll. Bolognet. in d l. re conjuncti. nu. 387. ff de legat. lib. 2. Duarenus de jure accrescend. 1. cap. 10.*

Præterea posito Rickiũ ex parte domini consultoris stare, sicuti adversatur: attamen hæc hujus autoritas præcedentia responsa prudentum, constitutiones & allegata jura everteret.

Cum igitur solus hic Rickius de unione prolium scripserit: Et Gaylius, quid in Camera observetur, tradiderit, & prior Rickius nempe propositum casum contra dominũ consultorem decidat, posterior Gayl. videlicet mentionem non faciat, evidens est, autoritatem omnium, qui de hac re scripserunt, non bene allegari. Secundo affert Dn. consultor ad confirmationem suæ decisionis constitutionem Electoralem Palatinatus 20. Von Contracten vnd Handthierungen / tit. 25. von Einkindschafft. §. 2. in fin. vers. Dann ob der ein oder ander Theil kein eheliche Kinder in die zweyte Ehe zugebracht / oder aber beyde Ehelente in der andern Ehe keine Kinder zeugeten / oder auch entweder die zugebrachten / oder in der andern Ehe erzielten Kinder gar verstürben / sol dardurch die Einkindtschafft auch gebrochen vnd gefallen seyn.

Sane quod ad constitutionem Electoralem attinet, certum est Electores, Duces, Principes in suis Ducatibus & Principatibus plenam statuendi, ac legum condendarum potestatem facultatemq; habere. Duces † enim & Principes, ac Comites habentes dignitatem præcipuam & dominium perpetuũ possunt in suis Ducatibus, Principatibus, & Comitatib. & territoriis statuere & decernere, sicut Imperator in Imperio, hoc est, eadem potestate prædíti sunt in suis Ducatibus, Principatibus, Comitatibus, qua præditus est Imperator in toto Imperio, *Alex. consil. 20. nu. 26. lib. 1. Curt jun. cons 1 nu. 29 Brunus consil. 19. col. 2. Ripa in 30. respons. nu. 13. in 2. part. Jas. de Duce Subaudiæ loquens consil. 227. col 2. lib. 2. & de Marchione Montisferrati, consil. 235. col. fin. lib. 2. Paris. consil. 17. col. 2. lib. 1. & de Marchione Mantuæ Paris. consil. 69. in princ. lib. 1. Curt. jun. consil. 100. nu. 3. Roland. à Valle de Duce Mediolanensi, quod habet plenitudinem potestatis in suo Ducatu, ac in eo omnia posit, quæ Imperator in Imperio. consil. 10. nu. 49. lib. 3. & consil. 86. nu. 14. & nu. 21. lib. 1. & consil. 88. nu. 27. eod. lib. Tiber. Decianus consil. 10. num. 4. lib. 1. & responso 41. num. 10. lib. 2.*

Sed tamen & id quoq; verissimum, & in jure expeditissimum est, constitutiones Principum, statuta & consuetudines, extra territorium Principum statutorum & consuetudinum non habere vires, nec effectum suum in aliorum territorium extendere, *argum. l extra territorium. ff. de jurisd. omn. jud. & ibi Jason post veteres omnes. Bart. & reliqui tam antiqui, quam recentes in l. omnes populi. ff. de justit. & jur. & in l. 1. C. de summa Trinit & fid. cathol.* Cum itaq; hæc unio prolis facta sit in Comitatu Leiningensi, qui Palatinatui subditus non est, sed proprius, & Imperii Comitatus est, consequitur à constitutione præfata male inferri, causamq; ex illa decidi non posse. Refutatis itaq; iis, quæ pro contraria parte ab excellentissimo domino consultore adducta fuerunt, & alias adduci potuerunt, pro certo firmoq; concludo, prædictam unionem quoad ascitos & unitos filios R. licet ex alio matrimonio nulli nati sint liberi, validam esse & subsistere. Ideoq; vigore unionis ascitos vel unitos filios ex priori matris conjugio in vitrici hereditatem, exclusis ipsius consanguineis, succedere.

Valentinus Forsterus JC. respondit.

Consilium IX.

Quod est

REGNERI SIXTINI Jurisconsulti.

SVMMARIA.

1 *Salina sunt de regalibus.*
2 *Salina in privatis locis reperta, ad privatos homines, si fundi domini sunt, spectant.*
3 *Salinarum privatarum decima sunt de regalibus, & principi debentur.*
4 *De regalibus est, ut in quocunq; prædio privato fodiatur argentum, aurum, vel aliud metallum, princeps & ejus fiscus habeat certam partem.*
5 *Præscriptionem non admittunt, quæ meræ facultatis sunt, nisi post prohibitionẽ à præscribente factam.*
6 *Prohibitionem à præscribente factam esse non suffi-*

cit, nisi simul doceatur, legitimum tempus præscriptionis esse lapsum ab ipsa prohibitione.

7 *Res spirituales præscribi, vel etiam consuetudine censentur, obtineri non posse.*

8 *Præscriptio eo casu, quo præscribent in mala fide est, ne quidem immemoriali tempore admittitur jure canonico, idq; in Camera etiam Imp. observatur.*

9 *Præscriptione quæsitum jus, principem de plenitudine potestatis auferre posse, nonnulli Dd. tradunt.*

10 *Consuetudo quoq; à principe tolli potest, etiamsi sit antiquissima.*

11 *Regalia, & ea, quæ ad jus superioritatis spectant, ut alicui per principẽ concessa esse censeantur, nõ sufficit, ut verba sint generalia, sed necessario requiritur, ut specialiter disertiúq; verbis exprimantur.*

12 *Concessiones per modum privilegii facta, etiamsi proprio motu & ex certa scientia fiant, tamen stricte debent accipi.*

13 *Beneficia principũ latissime accipi & extendi debent.*

14 *Verba, quibus aliquid conceditur, convenire debent non solum rebus, sed & personis.*

15 *Qualitatis personarum, cum quibus actum est, in interpretatione concessionis ius facta, summa habetur ratio.*

16 *Regalia, & quæ iis connexa sunt, supremæ alicujus eminentiæ signa sunt, ideoq; de principis supremi reservatis esse dicuntur.*

17 *Regalia non nisi a summo principe, sive ab iis, qui superiorem non recognoscunt in aliquem transferri possunt.*

18 *Regalia in alios aliter transferri non possunt, quam ex singulari urgenti causa.*

19 *Privilegium subdito concessum, per aliquem principem potest etiam sine causa revocari.*

20 *Concessio stans in finibus meri privilegii, habetur, quoad subditum, ut lex.*

21 *Lex non censetur ipsum concedentem ligare.*

22 *Imperio Romano licet mutare voluntatem.*

23 *Promissio in præcontractu interveniens de non revocando, tanquam contra substantiam ipsius contractus facta, non tenet.*

24 *In actu de sui natura irrevocabili nõ potest sibi quis adimere facultatem revocandi.*

25 *Regalia non possunt concedi in præjudicium successorum, si præsertim non hereditario jure, sed ut in dignitate succedunt.*

26 *Privilegiũ, quo regalia ab antecessoribus in aliquem translata sunt, successores revocare possunt, sive per viam contractus, sive alio modo hujusmodi privilegium fuerit concessum.*

27 *Investitura generis non probat concessionẽ vel possessionem speciei.*

28 *Præscribi potest libertas non solvendi onera solo spacio 40. annorum contra ipsa etiam regalia, veluti contra jus percipiendi vectigal, pedagium, portorium, & id genus alia.*

29 *Consuetudine etiam effici potest, ut quis liberetur à solutione decimarũ ex metalli fodinis debitarum & onerum quantumvis ad regalia pertinentium.*

30 *In salinarum reditu potissimum est observanda consuetudo.*

31 *Præscriptione sublata & prohibita, non tamen prohibita censetur ea, quæ est immemorialis.*

32 *Regalia, sive ea, quæ principi reservata sunt, immemoriali tempore præscribuntur.*

33 *Fodinæ, ad quas salinæ etiam pertinere censentur, nõ ad majora, sed minora & minus præjudicialia regalia referuntur.*

34 *Tempus immemoriale quod sit.*

35 *Testes, qui saltẽ sint 54. annos nati, ad tempus immemoriale probandum sufficiunt & admittuntur.*

36 *Tempus immemoriale eam vim habet, ut idem operetur, quod constitutum, item lex, privilegium, concessioq; imperatoria legitime impetrata.*

37 *Tempus immemoriale tantum potest, quantum Imperator cum causa.*

38 *Tempus immemoriale etiam mandato æquiparatur.*

39 *Tempus hoc immemoriale vim pacti, etiam expressi, habet.*

40 *Tempus immemoriale vim publici solennis instrumenti habet.*

41 *Tempus immemoriale verum titulum parit.*

42 *Privilegii confirmatio intelligi debet de omnibus in eo contentis, etiamsi specialis requiratur mentio.*

43 *Clausula, de plenitudine potestatis, summam vim habet, ita ut ejus vigore Imperator vel Rex etiam à communi jure decedere posse dicatur.*

44 *Per eandem clausulam juri tertii derogatur.*

45 *Clausula, ex apostolica authoritate, non minorem vim habere dicitur.*

46 *Verba in pleniori & potiori sensu accipienda sunt.*

47 *Interpretatio latissima fieri debet, cum ad jus primævum per eam revertimur.*

48 *Actus favorabilis per quem ad jus antiquum reditur & à novo receditur.*

49 *Injuria nemini fit, cum res ad antiquum statum reducitur.*

50 *Ex observantia sola 10. annorũ vel temporis ad præscriptionẽ aut consuetudinẽ inducendã non sufficientis, interpretatio ac declaratio recte sumitur.*

51 *Privilegium quodlibet prima fronte idem continens, quod jus, ita debet intelligi, ut aliquid addat juri communi.*

52 *Interpretatio in omni actu ita fieri debet, ut verba aliquid operentur, & ne superflua sint.*

53 *Interpretatio in omni actu amplectenda est, quæ efficiunt, ut quis minus obligetur.*

54 *Dictio, libere, magnã vim habet, & in omni concessione plenum jus concessum esse significat.*

55 *Libere quis rem possidet, cum nulla ex parte ad aliquid præstandum tenetur.*

56 *Libertas per verbum libere precise significatur.*

57 *Decimæ, quæ ex fodinis & mineris percipiuntur, nihil aliud sunt quam vectigal quoddam.*

58 *Lucrũ, quod percipit fiscus ex sale, vectigal etiam appellatur.*

59 *Vectigalia & gravamina nova imponi non possunt.*

60 *Atq; hoc inprimis locum habet in iis, qui superiorem recognoscunt, præsertim si nulla evidens appareat publica necessitas & utilitas, quæ id urgeat, ut ejusmodi novitas inducatur.*

61 *Res meræ facultatis, quæ præscribi posse negantur, proprie esse dicuntur, quando ex mera libera & pura voluntate, non autem ratione quæsiti alicujus juris habentur.*

62 *Regalia superiorem recognoscentis non ex mera, pura & libera voluntate & arbitrio ejus, sed potius ex jure per privilegium, consuetudinem, præscriptionem, aut simili ratione quæsito dependent.*

63 *Res etiam meræ facultatis præscribi immemoriali præsertim tempore, multi Dd. tenent.*

64 *Res meræ facultatis præscribi non posse limitatur eo casu, quo in favorem piæ causæ quid præstatur.*

65 *Libertas & exemptio contra jus decimarum præscriptione & consuetudine acquiritur.*

66 *Idq; inprimis in Ecclesiasticis personis, ut scilicet ita exemptionem & libertatem acquirant, locum habet.*

67 *Eccle-*

67 *Ecclesia etiam contra Ecclesiam decimas præscribere potest.*
68 *Decimas nullo unquam tempore præscribi limitatur eo casu, quo de præscriptione quotæ, sive partis alicujus decimarum agitur.*
69 *In præscriptione immemorialis temporis, bonam fidem non esse necessariam, multi Dd. tenent.*
70 *Possessor bonæ fidei præsumitur, qui possidet rem aliquam cum titulo vero vel putativo, sive præsumpto.*
71 *Idq; procedit, etiamsi titulus putativus sive præsumptus errore justo causatus fuerit. (sari potest.*
72 *Bona fides etiam ex causis injustis & temerariis cau-*
73 *Bonæ fidei possessor præsumitur, qui ultra 30. annos in possessione vel quasi fuit.*
74 *Idq; eo verius est, quod in dubio semper præsumatur quis bonæ fidei possessor.*
75 *Contra possessionem immemorialis temporis difficillime ulla mala fides, ullumve vitiū allegari potest.*
76 *Princeps etiam supremus de plenitudine potestatis cōtra ea, quæ juris naturalis sunt, venire nō potest.*
77 *Princeps licet positiva lege non videatur obligari, certum tamen est dictamine rationis naturalis, & à lege naturæ nō esse solutum. (præsumitur factus.*
78 *Actus quilibet ob urgentem & necessariam causam*
79 *Solo cursu 30. annorum omnia legitime acta esse præsumuntur, etiam in iis casibus, in quibus de gravi præjudicio alterius agitur. (non est gestus.*
80 *Item quoad ejus etiam præjudicium, cum quo actus*
81 *Concessa per modum contractus revocari non possunt, à summo etiam principe.*
82 *Imperator ipse æque atq; alius quisquam ex pactis & conventionibus obligatur.*
83 *Imperator super regalibus concessione per contractum facta, ad servandum eum tenetur.*
84 *Imperator nequidem ex lucrativa causa factum contractum revocare potest sine causa.*
85 *Feudū etiamsi dicatur gratiosa concessio, tamen sine causa justa per principem revocari non potest.*
86 *Regalia in præjudicium successoris concedi non posse, limitatur, quando agitur de regalibus rerum vel locorum particularium, non autem de regalibus ipsius status principalis.*
87 *Limitatur etiā, quando regaliū concessio non inducit magnā & notabilē principatus diminutionem.*
88 *Possessor non tenetur ad editionem tituli sui.*
89 *Subditus à domino castri ad edendū titulū possessionis suæ quam in eo castro habet, cogi non potest.*
90 *Princeps aliquem ad titulum sive jura, quæ in castris suis habet, exhibenda cogere non potest.*
91 *Citatio, qua Rex suū Baronē citat, ut ostendat jura, quæ habet in castris, quæ possidet, ipso jure nulla est.*
92 *Ea minus tenentur, qui in possessione vel quasi sunt, titulum dicere ac demonstrare, si diu possederunt.*
93 *Clericus titulum beneficii, quod se nomine Ecclesiæ possidere dicit, edere cogitur.*
94 *Fallit, si diu illud beneficium possedit.*
95 *Emphyteuta ad editionem instrumenti emphyteusis domino tenetur.*
96 *Fallit, si 40. annos emphyteutica bona possedit. (bet.*
97 *Probationis suæ initiū nemo ex domo rei sumere de-*
98 *Nec originem petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari oportet.*
99 *Reus non tenetur ad exhibendum actori instrumenta sua, eumq; instructiorem reddendum.*
100 *Tempore immemoriali, quando quis in possessione vel quasi fuit, non solum nulla probatione, sed ne quidem allegatione aliqua tituli opus est.*
101 *Reum non teneri instrumenta & jura sua actori edere, fallit in fisco actore.*
102 *Regalia possidens, cogi potest ad ostendendum titulum ac privilegium, ex quo ea consecutus est.*
103 *Possessor præsumptionem contra se habens, edere titulum possessionis suæ tenetur.*
104 *Fiscus, ad quem pertinent privilegia, in legibus Cæsareis fisco concessa, proprie est populi Romani, & ejus, qui in hujus locū successit, imperatoris scilicet.*
105 *Præsumptionem juris pro se habentes, ad editionem tituli ac documentorum suorum iis etiam casibus nō tenentur, quibus alias ad eam compelli possent.*
106 *Tempus etiam simplex immemoriale centū annorum tantam præsumptionem parere censetur, ut ea dicatur juris & de jure, quæ probationem contrariam non admittit. (privilegio.*
107 *Privilegiatus contra privilegiatum non potest uti*
108 *Privilegiatæ & favorabiles causæ & personæ sunt Ecclesia, monasteria, hospitalia, & similia.*
109 *Investitura nuda, quæ abusiva dicitur, vasallū, qui possessionem non habet, possessorem non facit.*
110 *Investitura investitis in præjudiciū tertio nunq̄ aliquid tribuunt, sed semper intelligi debēt salvo jure tertii, etiamsi ea clausula expresse non sit adjecta.*
111 *Præsumptio specialis generali derogat, eamq; tollit.*
112 *Generi per speciem in toto jure derogatur. (tollitur.*
113 *Præsumptione quæcunq; alia fortiori, minus firma*
114 *Præsumptio fortior censetur, quæ pro reo est.*
115 *Possessione sua vel quasi nemo decedere cogitur ante causæ cognitionem, & quidem plenam.*
116 *Idq; procedit, sive quis justam, sive injustam possessionem habeat, adeo ut ne simplici quidem turbatione impediri quis possit in sua possessione vel quasi, quantumvis injusta.*
117 *Possessionem, quam alius habet, nemo propria authoritate occupare potest.*
118 *Idq; adeo verum est, ut ne quidem victrix pars post sententiam, quam obtinuit, id facere possit, sed competentem judicem hoc nomine adire debeat, & suo jure privetur, si contra faciat. (potest.*
119 *Princeps etiam supremus ab executione incipere non*
120 *Idem per suum rescriptum alicui suam possessionem auferre, eumq;, quo minus libere & tranquille ea fruatur, impedire non potest.*

CVM impetrasset Episcopus O. regalia ab Imperatore, petit decimas vigore regalium illorum ex Salinis R. à possessoribus earum, Monasteriis, Collegiis, Nobilibus, & aliis quibusdam. Negant se debere, quod ab annis plus quadringentis tranquille & pacifice possederint illas, nec unquam amplius, quam quinos denarios pro singulis cocturis, deinde incidente casu, tertiam partem quarundam particularum, quamvis non ita ex Salinis, solverint. Quod quia sic longe supra hominum memoriam præscripserunt, & perpetua consuetudine obtinuerunt, opponunt videlicet immemorialem istam præscriptionē & consuetudinem; eoq; magis, quod Ecclesia contra Ecclesiam possit decimas præscribere. Demonstrant etiam nonnulli præterea titulum ex privilegiis, donationibus, & contractibus superiorum Episcoporum, quæ nimirum approbata & sigillo munita sint ab ipso Capitulo O. ut rerum diœcesariarum domino he-

redita-

reditario; quę conservata & innovata sint à consequentibus Episcopis, & quidem cum renuntiatione, pro se & suis successoribus, omnium jurium & exceptionum; quæ confirmata deniq; sint à Pontifice apostolica authoritate, & ab Imperatore de plenitudine potestatis.

Occurrit Episcopus; quia facultatis & liberi arbitrii sit petere decimas vigore regalium impetratorum; non esse locum præscriptioni & consuetudini isti immemorabili, nisi forte doceatur aliquando negatas, & deinceps justum tempus lapsum fuisse. Negat etjam ipsas Ecclesias & religiosas domos percepisse illas decimas; ideoq; eas vel hoc nomine, quod Ecclesiasticæ sint, præscribi non potuisse. Documenta deniq; nisi pariter omnes proferant, unde certior de justo titulo fieri possit, contendit, se vigore impetratorum illorum regalium, possessionem decimarum apprehensurum.

Quæstiones igitur hinc emergunt tres: Prima, an Episcopus juste petat decimas illas propter impetrata regalia? Secunda, an possessores illi teneantur documenta edere & docere de titulo? Tertia, an, si recusent, liceat Episcopo propter impetrationem regalium, sine causæ cognitione possessionem apprehendere?

Prima vero quæstio ejusmodi est, ut omnibus & singulis circumstantiis in utramq; partem bene ponderatis, speciosa & magni momenti esse videantur, quæ pro Episcopo O. faciunt. Nam
1 primum Salinas † constat esse de regalibus, *per c. 1. ibi: piscationum reditus & salinarum. quæ sint regal. & ibi feudista*, Felyn. *in c. causam. de rescript.* Jacob. de S. Georg. *in sua investitura, in verb. cum argenti fodinis & salinis num. 2.* Francisc. Marc. *decis. 39. num. 2. part. 2.* Mynsing *consil. 39. num. 8.* Dec. *in consil. 293. num. 1.* Est etiam textus *in l. inter publica. ff. de verb. signif. ubi inquit Ulpianus:* Publica vectigalia intelligere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit; quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum, & metallorum, & piscariarum. Et refert ibidem Alciatus; Salinarum vectigal ad principis monopolium, quod ab antiquis constitutum fuerit, pertinere, & ex illius restitutione apud Romanos M. Livium censorem dictum esse salinatorem. Idem tradit Ferrar. *lib. 5. feud. cap. 7. §. salinarum proventus.* Et laudat suæ sententiæ authorem Bart. *in l. 1. C. ut ne lic. in empt spec.* Atque hæc quidem ita se habent in iis salinis, quæ in publicis locis reperiuntur: Ea enim principis esse dicuntur, & regalibus annumerantur, secundum textus & authoritates supra adductas; atq; illud cumprimis *in d. c. 1. quæ sint regal.* notant Alvarot. & Matt. Laudens.

Secundo, etjamsi dicamus Salinas R. privatas, ac in privato fundo repertas esse, tamen hoc Episcopo O. non adversabitur. Nam licet magnum sit discrimen inter eas salinas, quæ in publicis, & eas, quę in privatis locis inveniuntur; & illę qui-
2 dem de regalibus sint, hæ † vero ad privatos homines, si fundi domini sunt, spectent, ut de his salinis docent And. de Isern. Alvarot. Laudens. & Matth. de Afflict. *in d. c. 1. quæ sint regal.* Jacob. de S. Georg. *in verb. cum argenti fodinis & salinis. num. 2.* & facit text. *in l. forma. §. salina. ff. de censib. & in l. magis*
3 *puto. in princ. ff. de reb. cor.* Tamen † hujusmodi salinarum decimæ sunt de regalibus, & principi debentur. Ægid. Boss. *in tract. causar. criminal. tit. de metall. & argentifodin. nu. 3.* Wesenb. *in cons. 45. nu. 24. & 25.* Ferrar. *de feud. lib. 5. c. 7.* Schneidwein *in §. constituitur. nu. 5. Instit. de usufr.* Mynsing. *in consil. 39. nu. 11.* ubi expresse tradit, quod etjam privatus in suo solo mineras inveniens, principi suo decimas solvere teneatur, & reliquum in suum commodum vertere possit: quo etjam spectat, quod *ibid. nu. 15. & 16.* docet, & *nu. 12.* ait, hujusmodi decimas inter regalia referri. Idem tenet Alvarot. *in d. c. 1. nu. 6. dum ait*, esse de regalibus, † ut in quo- 4
cunq; prędio privato fodiatur argentum, aurum, vel aliud metallum, princeps & ejus fiscus habeat certam partem. Eodem pertinet, quod tradit Matth. de Afflict. *ibid. in verb. argentaria.* dum de argento dicit, quod ejus venæ sint principis, etjamsi sint in loco privato, quantum ad illam partem, quam debet habere fiscus. Atq; idem vult Andr. de Isern. *de decim. loquens in d. verb. argentaria. nu. 70.* confirmantur hæc etjam textu eleganti *in l. cuncti. C. de metall. lib. 11.* Proinde etjamsi integræ Salinæ R. non deberentur Episcopo O. tanquam in privato fundo repertæ, tamen saltem decimæ earum ei denegari non posse videntur.

Tertio, nec præscriptio aliqua ei videtur obstaculo esse posse; cum ea, † quæ meræ sunt fa- 5
cultatis, præscriptionem non admittant, nisi post prohibitionem à præscribente factam, *l. viam publicam. ff. de via publ. c. possessiones 16. quæst. 1. c. significante. & ibi Dd. communiter, extra de appellat.* Gloss. *in c. ut privilegia. in verb. in anno. & ibi,* Ant. de Butr. *col. fin. extr. de privil.* Rol. à Vall. *in cons. 21. nu. 13. 14. 15. lib. 2.* Cyn. *in l. cum notissimi. § sed cum illud. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Felin. *in c. cum accessissent. ante num. 28. extr. de constitut.* Balbus *in tract. de præscript. in 4. parte quinta partis principalis, quæst. 5. num. 2. cum similib.* Ex quotú dictis colligitur, in talibus non procedere quoq; præscriptionem immemorialis temporis; sive quis faciat tanto tempore ea, quæ sunt facultatis, sive tanto tempore quis non faciat vel utatur iis, quæ sunt facultatis. Itaque si mille annos aliquis ivisset ad tale molendinum, non propterea contra eum fuisset præscriptum: Rursus si per mille annos tenuisset domum depressam, non propterea prohiberetur altius ædificare, & sic de similibus, quæ competunt jure facultatis. Neq; vero † sufficit prohibitionem à 6
præscribente esse factam, nisi simul doceatur, legitimum tempus pręscriptionis esse lapsum ab ipsa prohibitione. Gravet. *de antiquit. temp. in part. 4. vers. materia ista singularis. quæst. 24 nu. 99.* Jacob. de S. Georg. *in verb & cum molendinis. versic. & hanc conclusionem.* ubi hanc sententiam communē dicit. Hic vero non solum non constat tempus legitimum à prohibitione alicui Episcopo O. factа effluxisse, sed & nequidem ipsa prohibitio videtur doceri posse.

Quarto, cum decimæ Ecclesiasticis personis debitę res spirituales sint, vel hoc nomine in proposita facti specie pręscriptio non videtur locum habere posse. Nam ea † præscribi, vel etjam con- 7
suetudine obtineri posse negantur, *c. cum non sit. de decim.* & ibi Canonistæ, Balb. *d. quæst. 7. in 1. parte quintæ partis principalis, nu. 2.* quā sententiam contra scholasticos theologos fortiter defenderunt

Cano-

Canonistæ, Fr. Vivian. comm. opin. lib. 2. in verb. consuetudo. & Guid. Pap. in decis. 284. ubi addit, hanc opin. esse communē. Id quod etjam testatur Fr. Bursat. in cons. 50. nu. 11. Atq; hoc quidē hic eo magis obtinet, quod inter eos, qui se in præscriptione fundant, non solum Ecclesiasticæ reperiuntur personæ, sed etjam seculares, & ne ab ipsis quidem illis Ecclesiasticis decimæ sint perceptæ.

Quinto, eo minus præscriptioni locus in proposita facti specie esse potest, quod ea nitentes, vel saltem eorū majores in mala fide fuisse videantur, quatenus sciverunt, vel scire debuerunt, decimas Salinarū O. ad Episcopū spectare. Nam
8 hodie † de jure canonico in hoc casu, quo in mala fide est præscribens, nō admittitur præscriptio, etjamsi alias de jure ciuili nō esset prohibita. Textus est in c. fin. ubi Dd. communiter. de præscript. & in c. possessor. ubi Dd. de reg. jur. in 6. Canonistæ in c. Ecclesia. de constit. Ferrarienſ. in forma rei con. verb. præscriptionis. nu. 40. Fr. Balb. tract. de præscript. in 3. parte sexta partis principalis. q. 2. Atq; hoc quidē jus in Camera etjam Imperiali observatur, ut testatur Mynſ. ubi addit, id non solū in tempore 30. vel 40. annorū, sed etjam in immemoriali procedere. Idem consulendo tenet in d. cons. 48. nu. 17. Atq; hanc etjam sententiā de immemoriali tempore amplectitur Guid. Pap. in cons. 91 circa processum. nu. 5. Zaſ. in cons. 16. nu. 51. vol. 2. Cravet. cons. 146. nu. 2. verſ adeo præmissa. Pariſ. in cons. 27. in præsenti. nu. 117. & cons. 101. nu. 111. lib. 1. Idem in c. fin. nu. 17 de præscript. Ant. Gabr. post multos alios à se adductos in communib. opin. lib. 5. tit. de præscript. conclus. 1. nu. 55. versic. contrarium quod bona fides.

Sexto, ut maxime negari tandem non posset, præscriptione vel consuetudine contra decimas hoc casu acquisitam esse libertatem, tamen pro Episcopo faceret, quod nō desint juris Interpre-
9 tes, qui adseverant, quod † jus præscriptione quæsitū, princeps de plenitudine potestatis auferre possit, quum præscriptio sit de jure civili inducta, cui princeps derogare potest. Angel. in l. Lucius. ff. de evict. Alber. de Rosa. post Odofr. in l. quotiens. verſ. item qui. C. de prec. Imp. offer. Dec. in c. quæ in Eccleſ. verſ. quintus casus. de constit. Et contra absolutam potestatē principis, sicut præscribi nō potest,
10 ita quoq; omnis consuetudo † ab eo cassari potest. Bald. in addit. ad Specul. in tit. de jurisd. omn. judic. per c. 1. de constit. in 6. l. 4. §. Divus. ff. de sepul. viol. Auth. navigia. C. de ser. fugit. Facit huc, quod consuluit Alex. cons. 16. lib. 5. quod quamvis per tempus immemoriale civitas Rhegii præscripsisset jurisdictionem in quodam oppido; tamē non obstante hac præscriptione, potuerit Imperator illud oppidū in feudum concedere Duci Ferrariæ. Idem sentit Bald. in auth. quas actiones. q. 5. C. de sacroſ. Eccleſ. per l. præscriptio. C. de oper. publ. & in cons. 401. & 430. lib. 4. Quod nimirum princeps omnem consuetudinem etjam antiquissimam pro libitu voluntatis suæ annullare possit, cum sit majoris authoritatis, quam consuetudo, nec possit absoluta principis potestas per consuetudinem inferioris refrenari; quia inferior in superiorem nihil potest, l. nam magistratus. ff. de arbit. prout hæc omnia latius prosequitur Natta consil. 511. & consil. 512.

Septimo, etjamsi obtendatur, & privilegia quædam contra Episcopum facere, eaq; generalibus verbis utantur, tamen hujusmodi privilegia vel eo nomine videntur Episcopo non obstare, quod specialiter & expresse decimarum non fiat in iis mentio. Nam ut † regalia, & ea, quæ ad 11
jus superioritatis spectant, alicubi per principem concessa censeantur, non sufficit, ut verba sint generalia; sed necessario requiritur, ut specialiter disertisque verbis exprimantur, c. sedet. ubi Bald. de rescript. c. quod translationem. de offic. delegat. Dd. in l. fin. §. cui dulcia ff. de vin. trit. & ol. legat. And. de Isern. Bald. & moderni in c. unico. quæ sint regalia. Casp. Caballin. in milleloq. 42. num. 12. Mynsing. in consil. 39. num. 6. & 7. Cacher. decis. 29. num. 5. versic. imo concessit. Henningus Göd. consil. 2. §. Auß dieser Forcht. Mynsing. consil 39. quæritur cum terra. num. 6. ubi ait, quod in generali concessione feudi non præsumantur venire ea, quæ spectant ad regalia, nisi expresse & in specie nominentur. Et pro ea sententia allegat Præpositum in c. 1. quæ sint regalia. & Bald. in l. 2. colum. 6. C. de servit. & aq. Accedit his, quod notat Alciatus in c. quod sedem. num. 43. de offic. ordin. ubi asserit, generaliter jurisdictione concessa merum imperium, quod in regalibus consistit, non comprehendi, sed reservatum censeri. Ex quibus evidenter apparet, licet regulari jure generaliter prolata generaliter sint intelligenda, & genus tantum operetur, quantum specierum enumeratio, tamen illud jus fallere in regalibus.

Atque hæc quidem ita se habent, jurisq; rationi sunt consona, etiamsi generalissimis sive universalibus verbis concessio facta fuerit, facit textus in c. 2. de præbend. in 6. & in c. quia periculo. de sentent. excommun. lib. eod. Bartol. in l. 1. ff. si quis in jus vocat. non ierit. Bertach. in Repert. in verb. expresse. Alberic. de Rosat. in l. 1. in fin. ff. de offic. ejus cui mandat. est jurisdict. ubi ait; Regem donantem castrum cum omni jure suo non censeri donasse jus regium. Alciat. in d. c. quod sedem. num. 43. Mynsing. d. consil. 39. quæritur cum terra. num. 7. Facit etjam quod notat Afflict. decis. 122. num. 3. ubi refert, in gravissimo Neapolitano concilio decisum esse, quod licet generalibus verbis alienationis adjecta sit clausula, nihil sibi reservando, tamen regalia alienata esse non censeantur. Plane adeo non est verisimile, eos, qui habent regalia, velle per aliquam generalem concessionem feudi ea in alium transferre, ut licet alicui Ducatus vel Marchionatus in feudum datus fuerit, tamen si regalium nulla specialis mentio in concessione fiat, frustra ea vel omnia, vel ex parte, in ejusmodi quantumvis potentem vasallum translata esse contendatur. Alvarot. & Doctores in d. c. 1. quæ sint regalia. quos allegat & sequitur Dominus Sonsbeckius in suis comment. ad usus feud. part. 8. num. 18. Atque in his quidem nostris terminis eo minus extensio aliqua fieri potest, quod in iis concessionibus, † quæ fiunt per modum 12
privilegii, peculiare sit, ut stricte accipiantur, c. not. §. 1. de temp. ord. Decius in c. 1. verſ secundo limitatur. de rescript. Jas. & alii Dd. in l fin. ff. de constit. princip. Joan. Crotus in cons. 422. difficultas præsentis. nu. 11. lib. 3. ubi addit, hoc adeo verum esse, ut licet privilegia concessa sint proprio motu & ex certa scientia, tamen quoad ejus fieri potest, restringi

reſt.... pro qua ſententia citat etjam Felinum & Decium in *c. ſuper eo. de offic. delegat. judic.* Quare cum hoc caſu de privilegiis agatur, attendi hic non poteſt, quod alias dici ſolet, be-
13 neficia † principum latiſſime accipi & extendi debere, *c. cum dilecti. de donat. d. l. fin.* & ibi Bart. & Dd. *ff. de conſtit. princip. l. ſi quando. & ibi not. Bart. C. de bon. vacantib. lib.* 10.

14 Octavo, verba † quibus aliquid conceditur, convenire debent non ſolum rebus, ſed & per-
15 ſonis, *c. ſi pater. de teſtib. in* 6. Qualitatis † enim perſonarum cum quibus actam eſt, in interpretatione conceſſionis iis factæ, ſumma habetur ratio, *l. plenum. §. equiti ff. de uſu & habitat. l. militari. ff. de teſtam. militar.* Riminald. *conſil.* 34. *num.* 13. *lib.* 1. Cravet. *conſil.* 308. *num.* 7. Schurff. *conſil.* 3. *num.* 2. *cent.* 1. ubi demonſtrat, ea etjam, quæ à principe conceduntur, non ſimpliciter, ſed ſecundum conditionem & qualitatem perſonarum, quibus aliquid conceditur, eſſe accipienda. Atqui monaſteria, nobiles & alii privati ejuſmodi ſunt perſonæ, quæ non ſolent exornari dignitatibus re-
16 giis, & regalia, † aut ea, quæ regalibus connexa ſunt, habere, cum hæc ſupremæ alicujus eminentiæ ſigna ſint, ideoque principibus ſolis reſervata dicantur; ut communiter notant Dd. *in d. c. unico. quæ ſint regalia.* Ex quo conſequitur, G. etjam & conſortes tales eſſe perſonas, in quas regalia conferri non ſoleant; ideoque ita interpretationem verborum in privilegiis, quibus nituntur, faciendam eſſe, ut iis decimæ Salinarum R. dicantur non eſſe conceſſæ.

Nono, etjamſi ſpeciatim decimæ Salinarum R. per privilegium ab Epiſcopi O. anteceſſoribus eſſent conceſſæ, tamen ea etjam conceſſio
17 nullius momenti eſſet, cum non † niſi à ſummo principe, ſive ab iis, qui ſuperiorem non recognoſcunt, regalia in aliquem transferri poſſint, ut late & accurate conſulendo demonſtrat Weſenbec. *in conſil.* 45. *num.* 28. 29. 30. *& ſeqq.* Idem tenet Mynſing. *in obſervat.* 49. *cent.* 5. & Schneidwein in *§. ſumma autem diviſio. num.* 66. *Inſtit. de interdict.* Et facit text. in *l.* 1. *C. de jur. aur. annul. & in l. ſacrilegii. cum ibi notatis. C. de diverſ. reſcript.*

Decimo, ne quidem ii, qui poteſtatem conce-
18 dendi aliis regalia † habent, in alios ea aliter transferre poſſunt, quam ex ſingulari urgentiſſima cauſa, ut pulchre notat Roland. à Vall. *in conſil.* 18. *in præſenti conſultatione. num.* 77. *lib.* 2. Et facit quod tradit Rothomagenſis Parlamenti Præſes Joannes Igneus *in ſua doctiſſima repetitione l. neceſſarios. §. non alias. in parte* 4. *num.* 34. *ff. ad Syllan.* ubi dicit, ſine juſta & legitima cauſa regalia concedi non poſſe, & pro hac ſententia allegat textum in *l.* 1. *ibi, qui re diligenter inſpecta, utilitatem communem intuitus, ſcribit nobis quæ comperit, & an habenda ſit ratio noſtri, & quatenus, exiſtimabimus C. nova vectigal. imponi non poſſe, & in l. placet. C. de excuſat. muner.* Quibus idem Joannes Igneus ibidem ſubjicit, ſi ſecus à rege concedente regalia fiat, mortaliter eum peccare ſecundum Innocent. *in c. intrrogamus. extr. de cenſib.* Jam vero in propoſita facti ſpecie nulla videtur valde urgens & legitima cauſa adduci poſſe, ob quam per privilegium ipſæ Salinæ O. vel earum decimæ G. vel etjam eorum conſortibus conceſſæ ſint; atque ideo etjamſi eas ſpeciali conceſſione haberent à ſummo principe, tamen hujuſmodi conceſſio iis prodeſſe non poſſet.

Undecimo, haud obſcuri juris eſt, privilegium † ſubdito conceſſum per aliquem princi 19
pem, poſſe etjam ſine cauſa revocari, & pro ratione in hujuſmodi revocatione ſufficere voluntatem, *per gloſſ. fin. in c. decet. de regul. jur. in* 6. *& in c. conſtitutus. in verb. à quocunq. de religioſ. domib.* Angel. *in l. Antiochienſium. ff. de privil. credit.* Bald. *in l. qui ſe patris. verſic. & hoc ſciat. C. unde liber.* Idem notat Roland. à Valle *in conſil.* 13. *& ſi apud me. num* 3. *& aliquot ſeqq. lib.* 3. ubi addit, hanc eſſe communem opinionem. Atque hæc quidem revocatio eo magis in præſentiarum hoc tempore fieri poteſt, quod privilegium habens actum ſucceſſivum, ſaltem quoad actus futuros revocari poſſit, per Anton. de Butr. & Cardin. ſicuti eos refert & ſequitur Abb. *in c. novit. de judic.* Innocent. *in c. in noſtra. de injur.* Ratio prædictorum eſt, quia
conceſſio † ſtans in finibus meri privilegii, ha- 20
betur quoad ſubditum, ut lex: Lex † autem non 21
ligat concedentem, *l. princeps. ff. de legib. l. penult. ff. de arbitr. gloſſ. in c.* 1. *in verb. ab omnibus.* & ibi Dd. *de conſtitut.* Accedit huc, quod ſcribit Bartolus *in l. hoſtes. quæſt.* 1. *ff. de capt. & poſtlim.* ubi inquit, quod cum Veneti dicant, ſe habere libertatem ex privilegio à Romano Imperio, videantur ab eodem precario quodammodo tenere, & quod Imperium Romanũ poſſet privilegium illud revoca-
re quando vellet; cum † ei liceat mutare volun- 22
tatem, per *l. ſi quis. ff. de legat.* 3. Pari ratione dum dicunt G. & conſortes, ſe liberos & immunes eſſe à decimis Salinarum ex privilegio Epiſcoporum O. videntur fateri, ſe precario illam libertatem eſſe conſecutos, & tenere, adeoque fas eſſe, reverendiſſimo illam libertatem rurſus avoca-
re. Quia etjamſi in precario † promiſſio inter- 23
cederet de non revocando, tamen illa, tanquam contra ſubſtantiam ipſius contractus facta, non teneret, *l. cum precario. ff. de precar.* In actu enim de
ſui † natura revocabili non poteſt quis ſibi abdi- 24
care facultatem revocandi, per Bartol. ibid.

Duodecimo & ultimo, eo minus obligat Epiſcopum O. privilegium, de quo nunc agitur, quod tanquam ſucceſſor contra id veniat, & id in eo deneget ac revocare velit, quod de regali-
bus eſſe ſupra demonſtratum eſt. Nam regalia † 25
non poſſunt concedi in præjudicium ſucceſſorum, ſi præſertim non hereditario jure, ſed ut in
dignitate ſuccedunt: ideoque † ii privilegium, 26
quo regalia ab anteceſſoribus in aliquem tranſlata ſunt, revocare poſſunt, ſive per viam contractus, ſive alio modo, hujuſmodi privilegium fuerit conceſſum. Ita tenet Felin. *in c.* 1. *num.* 5. *verſic. quarto declara. de probat.* Bald. *in tit. de pace Conſtantiæ. verſic. amplius.* Ægid. Boſſ. *tit. de regal. num.* 31. Anton. Gabriel. poſt multos alios à ſe adductos, *in communibus concluſion. lib.* 3. *tit. de jur. quæſit. concluſ.* 5. *num.* 4. Atque in hanc ſententiam conſulendo deſcendunt etiam Jaſon. *in conſil.* 1. *num.* 2. *verſic. & ad confirmationem ejus. lib.* 1. (ubi elegantem hujus juris rationem addit) Socin. *in conſil.* 7. *num.* 5. *& ſeq. volum.* 3. & Roland. à Vall. *in conſil.* 2. *num.* 102. *lib.* 1. ubi inter alias autoritates à ſe adductas, ait; Scribentes etjam *in d. cap.* 1. *de probat.* hanc

hanc sententiam sequi. Ex quo planum fit, non obstare Episcopo, ut successori, privilegium antecessorum, etiamsi dicatur illud per viam contractus esse datum.

Verum hæc omnia utcunque admodum speciosa sint, si præsertim conjunctim inspiciantur, tamen non tanti sunt ponderis, ut non re tota diligenter perpensa & ponderata, verius esse existimemus, Episcopo O. decimas Salinarum R. optimo jure per G. & consortes denegari.

Nam ut taceatur, licet in impetratis à Cæsarea Majestate regalibus se fundet Episcopus, tamen necdum constare, quænam illa sint regalia, & an inter ea etiam Salinæ earumve decimæ re-
27 periantur, cum investitura † generis non probet concessionem vel possessionem speciei, Innocent. *in c. in præsentia. de probat.* Tiraquell. *de retractu consanguin. §. 36 gloss. 3 num. 3.* quos refert & sequitur Wesenbec. *in consil. 45. num. 38.* illud cumprimis hic ponderandum est, G. & consortes ab annis plus quadringentis tranquille & pacifice Salinas R. possedisse, nec unquam decimas ullas inde solvisse, atque hic non de ipsis regalibus præscribendis, & decimis in alieno fundo alienisq; salinis acquirendis, sed potius de libertate non solvendi decimas ex suis salinis præscribenda, & sic de evitando onere agi.

28 Potest autem contra ipsa etiam regalia, † veluti contra jus percipiendi vectigal, pedagium, portorium, & id genus alia; libertas non solvendi onera, solo spacio quadraginta annorum præscribi: ita tenent Bart. Angel. Paul. de Castr. & alii *in l. licitatio. §. earum. ff. de publican. & vectigalib.* Didac. Covarr. *in c. possessor. part. 2. §. 2. num. 8. de regul. jur. in 6.* Balb. *in tractat. præscript. secunda parte quinta partis principalis, quæst. 5.* Ferrar. Montan. *de feud. lib. 5. cap. 7. § igitur regalia.* ubi præter alias autoritates citat & textum *in l. quibus diebus. ff. de condit. & demonst.* Eandem sententiam consulendo sequuntur Bald. *in consil. 112. de generali, colum. fin. in quarto puncto, lib. 2.* Philip. Corn. *in consil. 42. colum. 1. lib. 2. & consil. 22. col. 5. lib. 3.* Carol. Ruinus *in cons. 217. num. 8. & consil. 219. nu. 9. versic. præterea ex quo. lib. 1.* Paul. Paris. *consil. 69. num. 7. lib. 1.* Menoch. *in consil. 221. num. 19.* Alex. *in consil. 16. in casu & lite. num. 6. versic. tertio consideratur. lib. 5.* Cravet. *consil. 111. num. 12.* Similiter & consuetudine effici po-
29 test, ut quis † liberetur à solutione onerum, quantumvis ad regalia pertinentium, ut quoad decimas, quæ principi ex metalli fodinis in privato fundo repertis debentur, consulendo tradit Mynsing. *in consil. 39. num. 16. & seq.* Pro qua sententia allegat textum expressum, *in l. ob metallicum. de metallar. lib. 11.* Atq; huc facit, quod And. de Isern. Afflict. Alvarot. & alii *in c. 1. quæ sint re-*
30 *gal.* tradunt, in † salinarum reditu potissimum esse observandam consuetudinem.

Sed & ut maxime hic de ipsis regalibus acquirendis, & nimirum de decimis in alienis salinis præscribendis ageretur, tamen immemoriale
31 tempus ad præscriptionem sufficeret. Nam † regula fere indubitata est, quod sublata vel prohibita præscriptione, non tamen prohibita censeatur, ea quæ est immemorialis, ut per Angel. *in l. 1. C. ne rei dom. vel templor. & in l. 1. col. 3. C de annal. præscript.* Nicol. Boër. *in decis. 39 num. 12.* Matth. de Afflict. *in decis. 254 sæpe fuit iste casus.* Alex. *in consil. 60. ad fin. vol. 1.* Dec. *in consil. 496. col. 2.* Mynsing. *consil. 48 num. 12. plenissime ad Rubr. extr. de præscript. num. 18.*

Et in specie, quod regalia, † sive ea, quæ principi reservata sunt, immemoriali tempore præscribantur, convincitur ex textu *in c. super quibusdam. §. præterea.* ubi Abb. *de verb. signif.* Atque ita tenet idem Abb. *in c. cum nobis. num. 3. de præscript.* Alex. *in l. more. col. 2. in fin. versic. subdit etiam Romanus. ff. de acquir. hered. & in consil. 6. viso themate. num. 3. lib. 1.* Ægid. Boss. *in tractat. causar. criminal. tit. de regaliis, num. 21.* Fr. Rip. *in repetit. l. quo minus. num. 41. ff. de fluminib.* Philip. Corn. *in consil. 22. num. 36. lib. 3.* Cravet. post alios multos à se adductos *in tractat. de antiquit. tempor. part. 4. § absolutis differentiis. num. 13. & in consil. 54. num. 8.* Mynsing. *obser. 24. centur. 4. & observat. 29. centur. 5. Idem consil. 48. num. 12.* Joan. Schneidwein *in §. summa divisio. nu. 66. Instit. de interdict.* Ac de hac quidem sententia, an vera sit, eo minus hodie in Imperio est dubitandum, quod ea in ejus supremo judicio, Camera scilicet Imperiali, sit comprobata, ut apparet ex iis, quæ notat Mynsing. *in d. obser. 24. centur. 4. & in obser. 29. centur. 5.* 32

Eo vero magis hæc sententia de præscriptione immemorialis temporis in proposita facti specie locum habet, quod de præscriptione contra eum agatur, qui superiorem recognoscit, & ea sententia eo etiam casu locum habeat, quo contra Imperatorem, regem, similemve personam, superiorem non recognoscentem præscribitur, ut ex supra citatis autoritatibus planum fit, in quibus & illud observandum est, quod simpliciter de regalibus loquantur, ideoq; cumprimis in iis terminis attendendæ sint, quibus de minoribus regalibus agitur, ut in proposita facti specie fit. Nam fodinæ, † ad quas Salinæ etiam 33
pertinere censentur, non ad majora, sed minora & minus præjudicialia regalia referuntur, Wesenbec. *in consil. 45. num. 26. & 39.* ubi citat etiam pro hac sententia authoritatem Zasii *in consil. 16. num. 54. & seq. lib. 2. & in Epit. feud. part. 2. qui feud. dar. poss. num. 13. & 14.*

Quod autem † hoc casu sit immemoriale 34
tempus, diversæ sunt Dd. opiniones. Nam alii arbitrantur, hoc tempus esse brevius centum annis, modo excedat hominum memoriam. Ita sentit Glossa 4. *in c. cum nobis. versic. unde videtur.* Felin. *in c. ad audientiam. limit. 5. eod tit.* Alexand. *consil. 208. versic. nec etiam prædictis obstat. volum. 2.* Eandem opinionem sequitur etiam & tuetur Cravet. *in tractat. de antiquit. tempor. part. 4. §. absolutis differentiis. num. 1. usq. ad num. 9.* ubi per sex rationes eam veram esse probat, quam Camera Imperialis etiam secuta esse videtur, ut patet ex Mynsing. *obser. 30. centur. 1.* Alii vero tenent, hoc tempus esse majus centum annis, Felin. *in c. si diligenti. in fin. & in d. c. cum nobis. versi. & ex eo. de præscript.* Carol. Ruin. *in consil. 66. num. 22. lib. 2.* Paris. *in d. c. cum nobis. num. 7.* Præter quos plures recenset Ant. Gabriel. *in communib. conclusionib. lib. 5. tit. de præscript. conclus. 1. num. 71. versic. contrarium quod præscriptio.* Tertia opinio est eorum, qui existimant, tempus immemoriale esse centum annorum, nec sufficere præscriptionem brevioris

temporis, ut per Cyn. *in l.2. quæst.9. C. de servitut. & aqua. cum concordantibus adductis* per Cæpoll. *in tractat. de servitut. urban. prædior. cap.19. num.5.* Specul. *in tit. de probat. §.1. versic. quid si testes. ibi, dicunt autem quidam.* Innocent. *in c. veniens. versic. & dicunt quidam. de verbor. significat.* Curt. junior *consil. 90. num.2.* ubi hanc opinionem communiter esse receptam testatur, Anton. Gabriel. post alios multos à se citatos *in d. conclus.1. num.71. & 73.* ubi ait, eam sententiam esse magis communiter approbatam. Sed quamcunque tandem sententiam amplectamur, non erit dubium, quin in proposita facti specie simus in terminis temporis immemorialis, cum aliquot jam secula effluxerint, ex quo Salinas R. pacifice & tranquille G. & consortes possedisse dicuntur, nec decimas inde solverunt.

Neque vero difficile fuerit, per testes hoc casu immemoriale tempus probare, cum inter o-
35 mnes constet, ad tale † tempus probandum sufficere & admitti testes, qui saltem sint quinquaginta quatuor annos nati, ita ut possint perhibere testimonium de quadraginta annis præteritis. Ita tradit Dominic. de S. Geminian. *in c.1. colum.4.* & ibi Philip. Franc. *colum. final. versic. sed quærit hic Lapus. de præscript. in 6.* Balb. *in tractat. præscript. in secunda parte tertiæ partis principalis, quæst. 6. num. 27.* Idem tenet Florian. *in l. servitutes, magna. num.76. ff. de servitut.* Parif. *in consil.27. num.97. & in consil. 104. num.124. volum.1.* Mynsing. *in d. obser.30. cent. 1.* Et licet præterea ex communi Doctorum sententia (de qua testatur Cacheran. *in decis.101. num. 16.* Anto. Gabriel. *in d. conclus.1. num.74.* & Mynsing. *in d. obser. 30.*) & illud requiratur, ut hujusmodi testes deponant, communem esse opinionem & famam, quod de contrario usu non extet memoria; item quod testes ita semper viderint & audiverint à majoribus, nec unquam contrarium fuerit observatum, tamen nec hæc res difficultatem ullam pariet, sed procul dubio facile testes ita deponent, modo si res ad litem devenerit, advocati G. & consortum in iis articulandis cauti sint. Nam hæc in articulis omitti non debent, Mynsing. *in d. observat. 30.* Et de dicta communi opinione & fama peculiaris & principalis constituendus est articulus, nec sufficit generalis ultimus articulus, quo dici solet, de omnibus prædictis esse publicam vocem & famam. Ita pulchre notat Signorol. de Homodeis *in consil. 70. in quæstione vertente. num. 19. versic. nec obstat si dicatur.* & Anton. Gabriel. *in d. conclus. 1. num 80.*

Eo sane facilior erit hæc probatio temporis immemorialis, quod ei probationi adjumento futura sint varia illa & antiqua documenta, quæ contra Episcopum produci poterunt, nec obscure ostendunt, ejusmodi tempus effluxisse, ex quo G. & consortes pacifice & absque onere decimarum Salinas R. possederunt. Eam autem
36 vim † hoc tempus habet, ut idem operetur, quod constitutum, item lex, privilegium, concessioq; imperatoria legitime impetrata, *l. hoc jure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiva. l.1. §. fin ibi, vetustatem vicem legis obtinere, & §. & l. in summa. in princ. ibi, vetustas quæ semper pro lege habetur. ff. de aqua pluvi. arcend. c. super quibusdam. §. præterea. de verbor. signific.* Atque ita in specie, quoad constitutum, tenet Gozadin. *in consil.8. num.37.* Ruin. *in consil.118. num.8. volum.4.* Caballin. *in milleloq.314.* Andr. de Isern. *in c.1. in verb. flumina. num.7. quæ sint regal.* Anto. Gabriel. *in d. conclus.1 num.62.* Hannibal. *in l. nemo potest. num. 597. ff. de legat. 1.* Quoad legem, id tradit Gloss. *in d. c. super quibusdam § præterea. in verb. non extat. de verbor. signific.* Balb. *in tractat. præscriptio. secunda parte tertiæ partis principalis, quæst.6. num.25. versic. & ratio.* Gozadin. *d. consil.8. num.37.* De privilegio vero & concessione imperatoria ita scribit Rol. à Valle *in consil. 66. num. 41. & seq. lib.2.* Alex. *in consil.52. num.3. vol.5.* Mynsing. *in obser.30. cent.1.* Afflict. *in c.1. §. si quis per triginta. num.10. si de feud. controvers. inter domin. & agnat.* Anto. Gabriel. *late in d. conclus.1. num.1.* Bertrand. *in consil.128. num.3. vol.2.* Barbat. *in consil.35. versic. & tertio ego præmitto. volum.2.* Grammat. *voto 12. num.9.* Gozadin. *in d. consil.8. num.37.* ubi addit, tempus † immemoriale tantum posse, quan- 37
tum Imperator cum causa: idque asserunt etiam Roland. à Valle *in d. consil.66. num.47.* Ruin. *in d. consil.118. num.10* Isern. *in c.1. § flumina. colum.3. quæ sint regalia.* Balb. *in tractat. præscript. in secunda parte tertiæ partis principalis, quæst 1. num.28. versic. & dicit Andr.* Jas. *in l. quo minus. num.42. ff. de fluminib.* Ant. Gabriel. *in d. conclus.1. num 67.* Accedit his, quod hoc tempus † etiam mandato æquiparetur, ut 38
consulendo notat Barbat. *in consil. 9. in princ. volum.1.* quem adducit & sequitur Roland. à Valle *in d. consil.66. num.44.* Item, quod vim † pa 39
cti etiam expressi habeat, consulendo tenent Bald. *in consil.315. colum.1. circa medium, lib.3.* Dec. *in consil.588. num. 6.* Parif. *in consil. 121. num. 20. volum.1.* Cravett. *in dicto consil.10. numero 11.* Roland. à Valle *in d. consil.66. numero 45.* Idem tradit Ripa *in l. quo minus. num. 41. ff. de fluminib. & ibid.* Jas. *num.96.* Hannibal. *in dicta l. nemo potest. numero 592.*

Ex quibus omnibus in proposita facti specie consequitur, ob immemoriale tempus, quo confirmata est exemptio ab onere solvendi decimas ex operibus Salinariis R. perinde esse, ac si constitutum intervenerit, & ea exemptio à lege quadam Imperiali vel privilegio concessioneque cum causa ab Imperatore ac Episcopis Padebornensibus facta, vel etiam ab expresso eorum mandato, vel denique pacto legitime cum eis inito originem habuerit, neque minori solennitate id factum fuerit, quam si publicum de ea re instrumentum esset factum. Nam & † vim publici solennisque instrumenti ha- 40
bere censetur tempus immemoriale, ut pulchre notat Matth. de Afflict. *in decis.239. in fin.* ubi pro hac sententia adducit etiam Innocentium *in cap. novit. de judic. & in cap. super quibusdam. §. præterea. de verbor. significat.* & Baldum, *in l. 1. C. de emancipat. liberor.* Idem tenet Anton. Gabriel. *in d. conclus.1. num. 70.* & Roland. à Valle *in consil. 3. num.97. lib.1.* Atque hæc quidem hoc casu eo magis procedunt, quod simus in terminis, non solum centum, sed & ducentorum, imo quadringentorum annorum, & sic ejus temporis, quod longissimo intervallo excedit vulgatum illud immemoriale tempus, in quo supra adducti effectus locum habent, se-

cundum

eundum jura supra adducta, quæ eo etiam casu, quoad hoc vulgatum & simplex immemoriale tempus militant, quo de regalibus ac principi reservatis agitur, ut convincitur ex textu *in c. super quibusdam. §. præterea. de verbor. significat.* Et ex iis, quæ notant Bartol. *in l. quo minus. in 2. quæst. versic. item habet licita. ff. de fluminib.* Balb. *in tractat. præscript. in secunda parte quintæ partis principalis, in 3. quæst. num 14.* Paris. *in c. cum nobis. num. 4. de præscript.* Caccialup. *in l. imperium. num. 23. ff. de jurisdict.* Guid. Pap. *in consil. 56. circa præsentem. num. 1. & in consil 65. in princ.* Anton. Gabriel: *in d. conclus. 1. num. 3. & 4.* ubi per quamplurimas authoritates ostendit, præscriptionem immemorialis temporis habere vim privilegii & concessionis Imperatoriæ in reservatis principi; quam sententiam singulariter communem & frequentatam appellat Joan. Igneus *in sua repetit. in l. necessarios. §. non alias. parte 4. num. 34.*

Et cum hæc ita se habeant, etiamsi hoc casu tricenariæ vel quadragenariæ præscriptioni locus non esset (quod tamen nequaquam est concedendum, secundum ea, quæ supra deducta sunt) tamen ob multiplicatum aliud immemoriale tempus, de quo supra dictum est, optimum & justissimum titulum cum sua possessione, vel quasi conjunctum G. & consortes habe-
41 rent, cum præsertim simpliciter † immemorialis temporis ea vis esse dicatur, ut titulum pariat, *l. hoc jure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid & æstiva. c. 1. de præscript. in 6.* Andreas de Isern. *in c. 1. §. præterea ducatus. num. 16. de prohibit. feud. alien per Frideric.* Roland. à Valle *consil. 66. num. 4. lib. 2.* Signorol. *consil. 21. numer. 20. versic. undecimo probat.* Paris. *in consil. 27. in præsenti. num. 77. & consil. 111. in causa. num. 43. & 49. lib. 1.* Anton. Gabriel. late & multi alii à se adducti *in d. conclus. 1. num 44.* Lofred. *consil. 40. num. 42.* Joannes Igneus *in d. §. non alias. parte 4. num. 34.* ubi expresse in terminis regalium id ex communi Doctorum sententia tradit. Eo vero justior & præstantior est hic titulus, quod cumprimis quoad G. privilegiis etiam Episcoporum O. concessa sit & confirmata libertas, sive exemptio ab onere decimas ex R. Salinis solvendi, idque ita factum sit, ut intervenerit etiam approbatio, & confirmatio illorum, qui interesse viderentur habere, & quorum authoritate opus esset, ut Capituli R. quippe rerum Ecclesiasticarum hereditarii domini: præter quod Capitulum accesserunt quoque Innocentii Papæ, & Rodolphi Regis Romanorum seu Cæsaris ab annis trecentis plenissimæ confirmationes superiorum privilegiorum, donationum, alienationum, possessionum in omnibus, quæ juste acquisivissent, aut in posterum acquisituri essent in specie & in genere. Unde latissime eæ confirmationes sunt accipi-
42 endæ, cum etiam alias † confirmatio privilegii intelligi debeat de omnibus in eo contentis, etiamsi specialis requiratur mentio, ut eleganter consulendo notat Ludovic. Gozadin. *post alios à se citatos in consil. 8. num 29.* Atque hoc quidem eo magis hic locum habet, quod dictis confirmationibus adjecta sit, quoad Regem Romanorum sive Cæsarem, clausula, ex plenitudine potestatis, quoad Papam autem clausula,
ex authoritate Apostolica. Clausula † autem, 43
de plenitudine potestatis, summam vim habet, ita ut ejus vigore Imperator vel Rex etiam à communi jure discedere possit, Petr. Duen. *regul. 43. fallent. 5.* Sebast. Medices *in tractat. de legibus & statutis, quæst. 18.* nec desunt ex interpretibus, qui tenent, per eam clausulam † etiam ju- 44
ri tertii derogari, secundum ea, quæ tradit Nicolaus Arelat. in sua additione ad Alciat. *in tractat. præsumpt. regul. 3. præsumpt. 11. num. 1.* Alexand. *in consil. 101. num. 16. volum. 1.* Dec. *consil 198. pro tenui facultate. num. 2.* Cacher. *decis. 102. num. 7.* Non minorem † autem vim habet dicta clausula, ex 45
Apostolica authoritate, Gloss. *in c. novit. in versic. jurisdictionem. de judic.*

Quare licet decimarum, quas ex operibus salinariis R. sibi deberi modernus Episcopus contendit, speciatim in dictis privilegiis nulla fiat mentio, tamen existimamus revera, & de his decimis in iis agi, exemptionemque ab onere solvendi eas concedi. Quod quidem, ut contra ea, quæ supra inter opposita deducta sunt, eo planius & manifestius fiat, paulo latius per sequentia fundamenta idipsum confirmabimus. Et primum certum est, in privilegiis iis fieri speciatim disertis verbis mentionem R. Salinariorum operum, sive Salinarum. Atque ideo perinde omnino est, ac si de ipsis decimis ex iis Salinis solvendis in specie & nominatim loquerentur, & libertatem non solvendi concederent. Nam verba † in pleniori & potiori sensu acci- 46
pienda sunt, *l. legatum. ff. de legat. 3. l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal.* Roland. à Valle *in consil. 37. num. 7. tom. 3.* Zas. *in l. 3. §. ex contrario num. 30. ff. de acquirend possessio.* Idem *in consil. 12. num 47. lib. 1.* ubi ait, hanc esse receptissimam juris doctrinam. Deinde eo magis dicendum est, per Salinaria opera & Salinas libertatem etiam & exemptionem ab onere decimarum intelligi debere, quod per eam interpretationem ad jus primævum, quod hujusmodi onera non agnoscit, redeatur. Nam interpretatio † latissima fieri debet, cum ad jus 47
primævum per eam revertimur. Ita tradit Abbas *in c. cum dilectus. num. 6. de consuetud.* Dec. *in c. causam quæ. num. 5. de rescript.* Socin. senior *in consil. 38. colum. 3. versic. sexto & ultimo. lib. 1.* Est enim † favorabilis is actus, per quem ad jus an- 48
tiquum reditur, & à novo receditur, *c. ab exordio 35. distinct.* ubi glossa ait, nemini † injuriam 49
fieri, cum res ad antiquum statum reducitur. Est etiam notabilis glossa *in l. si unus. § pactus ne peteret.* & ibi Jason *num. 6. ff. de pact.* Ludovic. Gozadin. *consil. 9. num. 31.* Dec. *in c. ad nostram. colum. 3. versic. non obstat. de appellat.* Unde tali casu in iis etiam, quæ stricti sunt juris & correctoria, extensio fit, Curtius *in consil. 1. num. 22. consil. 5. num. 29. consil. 9. num. 4. & consil. 102. num. 5.* Didac. Covarr. *variarum resolut. lib. 3. cap. 4. in fin.* Atque hoc quidem procedit etiam, quoad tertii præjudicium, Grammat. *in decis. 106. num 3.* Bartol. & Doctores *in c. si constante. ff. solut. matrimo.* Idem consulendo notat Cravett. *in consil. 135. num. 38.* & Ludovic. Gozadin. *in consil. 1. num. 39.* ubi hanc sententiam communiter esse approbatam testatur. Præterea cum longissimo tempore, atque adeo aliquot ab hinc seculis nullæ sint ex Sali-

nis R. solutæ decimæ, tanti temporis consuetudo optima est interpres, verba de iis salinis prolata, etiam de ipsis decimis, earumq; remissione esse accipienda, cum præsertim ex sola etiam ob-
50 servantia † decem annorũ, vel temporis ad præscriptionem, aut consuetudinem non sufficientis, interpretatio ac declaratio recte sumatur. Dec. consil. 517. nu. 7. Castrens. consil. 347. nu. 4. lib. 1. Alb. consil. 62. num. 9. & temporis immemorialis observantia vel consuetudo tanto magis pro optima interprete habenda sit, quod tale tempus per se privilegii, pacti expressi similiumq; conventionum vim habeat, ut supra est ostensum.
51 Privilegium † etiam quodlibet prima fronte idem continens quod jus, ita debet intelligi, ut aliquid addat juri communi, Felin. in c. 1. nu. 4. de rescript. ubi dicit, idem ab omnibus aliis Doctor. ibidem tradi per text. in c. in his. de privileg. in c. pastoralis. de appellat. & in l. 1. in fin. ff. ad municip. Idem tenet Bald. in auth. habita. in 4. notab. C. ne filius pro patre. Atqui de jure communi ad privatos spectant salinæ aliæq; fodinæ, quas in suis fundis inveniunt, & sic etiam ad G. ut & ad consortes pertinuerunt salinæ R. ut adhuc pertinent, secundum ea, quæ supra sunt in secundo opposito deducta. Proinde necesse est, ita interpretatio hoc casu fiat, ut aliquid addatur; quod ita fiet, si dicamus, siq; decimæ Episcopis O. olim competierunt, eas remissas, ut eo magis verba de salinariis operibus in dictis privilegiis prolata, cum effectu accipiantur, cum indubitati juris sit, in omni actu
52 ita † debere interpretationem fieri, ut verba aliquid operentur, & ne superflua sint, l. item veniunt. § aptanda. ff. de petit. heredit. l. sed etsi possessori. § sed etsi rerum. ff. de jurejur. Jas. in l. hoc edictum. § hæc autem verba. ff. quod quisq; jur. Menoch. in consil. 63. num. 3. Zas. in consil. 12. num. 23. lib. 2. Accedit his, quod salinaria opera ac similes reditus concedantur eo jure ac libertate, quo ante concessionem censebantur, & sicut ea opera & reditus ante illud tempus possidebantur ab G. ut cum primis ex privilegio Episcopi N. & Episcopi A. item ex supradictis antiquissimis confirmationibus & concessionibus, Rodolphi Regis Romanorum & Innocentii Papæ apparet. Nunc autem nullum tempus demonstrari potest, quando non opera ista salinaria libertima, & ab omni onere exempta G. & consortes possedissent, nisi quod quinos istos denarios de coctura & alias certarum particularum incidentes tertias, de quibus in privilegio D. mentio fit, pensitarint. Itaq; tali conditione & jure donata illis & concessa ista opera & donationes privilegiaq; confirmata cer-
53 rum est. In † omni etiam actu ea interpretatio amplectenda, qua efficitur, ut quis minus obligetur, argum. l. si quid venditor. in fin. ff. de ædilit. edict. l. si peculium. § sicut autem. ff. de pecul. Paris. consil. 96. num. 22. lib. 3. Cravet. consil. 35. num. 33. Menoch. in consil. 34. num. 52. & consil. 56. num. 37. Ita autem hoc casu minus censebuntur obligati G. & consortes, si non ad decimas integras, sed tantum ad quinos istos denarios, & alias certarum particularum incidentes tertias, de quibus supra dictum est, solvendas teneri dicantur. Deniq; di-
54 ctio, † LIBERE, magnam vim habet, & in omni concessione plenum jus concessum esse significat, l. fideicommissa. § quanquam. ff. de legat. 3. Batt. in l. alio. num. 9. ff. de aliment. & cibar. legat. Ruin. in consil. 219. in hoc dubio. num. 3. lib. 1. Menoch. in consil. 10. num. 10. ubi addit, libere † aliquem pos- 55
sidere rem, cum nulla ex parte ad aliquid præstandum teneatur: id quod consulendo etiam docent Curt. jun. in consil. 2. nu. 3. & Ruin. in consil. 18. primo & principaliter. num. 6. & consil. 84. quoniam abunde. num. 9. lib. 1. ubi ait, præcise † libertatem 56
per verbum, libere, significari. Iam vero in supradicto privilegio Episcopi A. expresse ita loquitur, ut G. libere & pacifice velit præter alia bona, de quibus in eo privilegio fit mentio, & R. salinaria opera possidere: & adduntur illa verba, pleno jure; ideoq; eo minus dubium est, plenum jus & præcisam libertatem, quoad decimas, concessam esse, nec quicquam præter quinos istos denarios de coctura, & alias certarum particularum incidentes tertias deberi. Quibus accedit, quod in privilegio à S. Episcopo dato hæc reperiantur verba: Donamus, tradimus, & relinquimus una cum area & domo nostra salinari, & quicquid eidem domui attinet, cum omni juris, possessionis, proprietatis & utilitatis plenitudine & integritate pacifice in perpetuũ possidendum, & pro sua voluntate libere disponendũ, &c. In quibus verbis non solũ dictio, libere, sed & aliæ, quibus plenissime libertas ab omni onere significatur, dilucide exprimuntur. Eadem vero ratione & in permutationis cum Episcopo N. contractæ literis, quoad duas areas ad opera ista salinaria deputatas, hæc proferuntur verba, assignavimus libertimas, & ab omni jure civili exemptas, &c. Quibus verbis summa libertas & exemptio ab oneribus, quæ ullo jure civili deberi possent, denotatur. Ex quibus omnibus planũ fit, ita privilegia ista & confirmationes, quas G. habent, intelligẽdas esse, ut censeantur ab onere decimarũ, quoad R. salinas exempti; quã exemptionem etiam ad consortes eorũ pertinere convincitur ex Episcopi N. priori privilegio, in quo hæc extant verba: Opera salinaria, quæ vulgariter dicuntur Solwerck / dilectis nobis, Abbati & conventui monasterii in G. viris religiosis, ac aliis monasteriis seu personis quibuscunq; singulariter attinentia, infra oppidũ nostrum R. sita, eodẽ jure & libertate, quibus hactenus censebantur, censeri volumus per præsentes, &c. Eodem pertinent & verba privilegii, ab Episcopo D. dati.

Cum itaq; hæc ita se habeant, æquissimũ profecto & juris rationi maxime consentaneũ est, ne G. & eorũ consortes decimarũ onere per Episcopum O. graventur; cum præsertim privilegia ista maxima ex parte sint antiquissima, & is in ipsa inauguratione juraverit, si non corporaliter, attamen pari quadam promissione, nullius se jura, quæ quidem quęsita habeat, ullo modo velle imminuere & lædere.

Eo autẽ minus decimas istas exigere ex salinis R. potest, quod ea exactio quædam novi vectigalis institutio sit. Nam decimę, † quæ ex fodinis & 57
mineris percipiuntur, nihil aliud sunt, quam vectigal quoddam, l. inter publica. in fin. & ibi gloss. ff. de verb. sign. & l. 1. in princ. ff. quod cuiusq; univers. Atq; ita eleganter notat Ægid. Boss. in tract. causar. crimi. tit. de metall. & argentifod. nu. 3. & tit. de vectigal. nu. 3. ubi

ubi in terminis nostris loquitur, & ait, lucrum
58 etiam, † quod percipit fiscus ex sale, vectigal appellari; atque ibidem alias authoritates pro hac sententia adducit. Proinde vetus vectigal augeretur, & novum institueretur, si præter istos quinque denarios, & alias certarum particularum incidentes tertias, decimas etiam solverent.

59 Nova † autem vectigalia & gravamina imponi secundum notam regulam juris non possunt, *toto tit. C. nova vectigal. impon. non poss. l. licitatio. §. earum. ff. de public. & vectig. c. innovamus. de censib. & exact.* Lucas de Penna *in l. contra. num. 12. & seq. C. de re milit.* Paul. Paris. *in consil. 69. potest concedi. num. 9. lib. 1.* Mynsing. *in obser. 29. cent. 5.* Ex quibus autho-
60 ritatibus illud liquet, † cumprimis id locum habere in iis, qui superiorem recognoscunt, cuiusmodi est Episcopus O. qui etiam eo minus novum vectigal, ratione Salinarum R. exigere potest, quod nulla evidens appareat publica necessitas aut utilitas, quæ id urgeat, ut ejusmodi novitas inducatur, secundum ea, quæ eleganter notat Wesenbec. *in consil. 45. num. 15. versic. cum ejusmodi novitates.* Atque hæc quidem omnia, cum ita se habeant, non jam obstant ea opposita, quæ supra sunt adducta. Nam quod ad primum & secundum oppositum attinet, ex his ipsis oppositis abunde apparet, solas salinas publicas esse referendas inter regalia, non autem eas, quæ in privatis fundis reperiuntur, cujusmodi sunt R. & licet decimæ hujusmodi Salinarum annumerentur regalibus, censeanturq; principi deberi, tamen hoc multis nominibus nequaquam hic attendendum est, nec aliquid pro fundanda intentione Episcopi O. operatur, secundum ea, quod in confirmatoriis fundamentis late sunt deducta.

Nihilo magis adversatur tertium oppositum, quod scilicet ea, quæ meræ facultatis sunt, præscriptionem non nisi à tempore prohibitionis admittant. Nam non agitur hic de decimis, ut re ad regalia spectante acquirendis, sed potius de exemptione & liberatione ab onere solvendi eas. Deinde, nec regalia quidem in iis, qui superiorem recognoscunt (ut est Episcopus O.) inter eas res, quæ meræ facultatis, referri possunt;
61 cum meræ † facultatis res, quæ præscribi posse negantur, proprie esse dicuntur, quando ex mera, libera, & pura voluntate, non autem ratione quæsiti alicujus juris habentur, secundum ea, quæ post alios à se adductos pulchre notat Anto. Gabriel. *in communib. opin. lib. 5 tit. de præscript. concl.*
62 *10. nu. 9. & 10.* Regalia † vero superiorem recognoscentis non ex mera, libera, & pura voluntate & arbitrio ejus, sed potius ex jure per privilegium, consuetudinem, præscriptionem, aut simili ratione quæsito dependere, notissimum est. Unde ut maxime hic de regalibus præscriptione acquirendis ageretur, tamen non obstaret hoc tertium oppositum. Præterea non pauci sunt,
63 qui † ea etiam, quæ meræ facultatis sunt, præscribi posse simpliciter tenent, ut Bald. Angel. Raphael, Aret. Corneus, Abb. & alii, quos enumerat Philip. Porcius *lib. 3. conclusionum, regula & conclus. 33.* & Gabriel. *in commun. opin. lib. 5. tit. de præscript. conclus.* 10. Inprimis autem immemoriali tempore tolli tradunt Joan. Andr. *in c. pervenit. de censib.* Bart. *in l. cum de in rem verso. de usur.* Felin. *in c. cum M. Ferrar. de constitut.* Fr. Balbus *in tractat. præscript. quarta parte quintæ partis principalis, quæst.* 1. Limitatur etiam † sententia eorum, qui negant o- 64
mnino, præscribi posse ea, quæ meræ sunt facultatis, eo casu, quo in favorem piæ causæ quid præstatur, Abb. *in c. suam nobis. de Simonia.* Apostilla ad Abbat. *in c. bonæ. de postul. prælat.* Gabriel. *d. conclus. 10. limit. 5.* Quin autem remissio illa decimarum & libertas, de qua hic agitur, quoad G. aliaq; monasteria & Ecclesiasticas personas ad favorem piæ causæ tendat & spectet, dubitari non potest. Deniq; in specie de ipsis regalibus supra abunde ostensum est, ea præscriptione, maxime immemorialis temporis acquiri posse, ideoq; etiamsi & publici juris ea esse dixerimus, nihil id obstabit consulentibus, quo minus præscribi posse censeantur.

Quod autem ad quartum oppositum, & illud multis nominibus plane ficulneum est. Nam primum cum Episcopus obtendat, se regalia ab Imperatore impetrasse, & eorum respectu decimas exigat, contendens eas inter regalia referri, perperam easdem decimas, ut Ecclesiasticas petit, & præscribi potuisse negat. Simul enim hæc consistere non possunt, Decimas & ut regale, hoc est, ut rem secularem, & ut rem spiritualem Ecclesiasticamq; postulare. Deinde fac hic tantum de decimis Ecclesiasticis agi, tamen vel eo nomine jus illud, quo negantur, ea præscribi posse, hic locum habere non posset, quod jam de exemptione & libertate contra onus decimarum agamus, & hujusmodi † libertas ac exemptio præscriptione & consuetudine acquiratur, ut multis de- 65
monstrat Didac. Covar. *variar. resolut. lib. 1. cap. 17. num. 8. 9. & 10.* ubi cumprimis id in Ecclesiasticis personis, † ut scilicet ita exemptionem & liber- 66
tatem acquirant, locum habere tradit, eoq; facit, quod dici solet, Ecclesiam † contra Ecclesiam 67
decimas præscribere posse, *c. ad apostolicæ. & c. cum contingat. & c. cum in tua. de decimis, 17. quæst. 1.* Plane ea sententia de præscribenda, vel per consuetudinem acquirenda exemptione ab onere decimarum, indistincte, hoc est non solum in Ecclesiasticis, sed & in secularibus personis eo magis procedit, quod in iis terminis, quibus aliquot abhinc seculis, & sic multiplicato immemorialis temporis spacio decimæ solutæ non sunt, hoc casu versemur, & multi sint juris interpretes, qui indistincte tenent, simplici etiam immemoriali tempore, centum scilicet annis decimas præscribi, ita ut videatur præscribens eas habuisse ante conciliũ Lateranense. Ex his enim Doctoribus sunt Alex. *in consil. 6. viso themate. nu. 4. versic. pro quo adduco. nu. 5. lib. 1.* Ludovic. Gozad. *in consil. 7. nu. 18.* Nicol. de Mil. *in suo aureo repertor. in verb. decima si tanto.* Marian. Socin. jun. *in consil. 115. nu. 38. vol. 2.* item Joan. Andr. Anton. de Butr. Petr. de Anchar. Paul. Castrens. Claudius Seyssellus, Joan. de Imola, & alii citati ab Ant. Gabriel. *in commun. opin. lib. 5. tit. de præscript. conclus. 1. nu. 22.* ubi simul ostendit, hanc sententiam communẽ esse. Limitatur quoque opinio eorũ, qui existimant, decimas † nullo 68
unquam tempore præscribi, eo casu, quo de præscriptione quotæ, sive partis alicujus decimarum agitur, *c. commissum. c. cum sint. & c. in aliquibus. de decim.* per quos text. id notat Petr. Rebuff. *in suo ele-*

maneretque vera conclusio supraposita, nimirum Episcopo O. decimas Salinarum R. non deberi, recteq; eas per Consulentes ei denegari.

RESOLUTIO SECUNDÆ QUÆSTIONIS.

SEQUITUR nunc, ut ad secundam quæstionem respondeatur, qua in dubium vocatur, an Consulentes teneantur documenta proferre & docere de titulo. Est autem & circa hanc quæstionem cumprimis ponderandum, consulentes esse in possessione, vel quasi libertatis & exemptionis ab onere solvendi decimas, quæ nunc ab Episcopo O. exiguntur, eamq; possessionem immemorialis temporis esse, adeo ut eas ab annis plus quadringentis non solverint. Jam
88 vero expediti juris est, possessorem † non teneri ad editionem tituli sui. Textus est *in l.cogi.C.de heredit.petit.l.extat decretum.ff.de jur.fisc.l.2.C.de probationib.* ubi Imperator ait, possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere: non enim possessori incumbit necessitas probandi, eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat. Accedunt his textus *in l.fin.C.de rei vindicat. & alia leges, quas citat gloss.in d.l.cogi.*

Ex quibus manifestum fit eos, qui in possessione vel quasi sunt, ad editionem tituli sui sive documentorum, quibus titulum suum docere possint, nequaquam compelli posse. Atq; hinc
89 est, quod ne quidem † subditus à domino castri ad edendum titulum possessionis suæ, quam in eo castro habet, cogi posse dicatur. Matth. de Afflict. *in c.1.num.25.de controvers.inter masc.& fœm.* Anton. de Butr. *in c. dilectus.de offic. ordinar.* quos adducit & sequitur Ludolph. Schrader. *inter consil.Francofor.consil.34 num.23.tom.1.* Quinimo nec
90 princeps † quidem aliquem ad titulum sive jura, quæ in castris suis habet, exhibenda cogere potest. Ita tenet Bartol. *in l.1.C.de procurat.& conduct.præd.fisc.lib.11.* ubi ait, si Rex † faciat citare
91 suum Baronem, ut ostendat jura, quæ habet in castris, quæ possidet, talem citationem ipso jure esse nullam. Eandem sententiam amplectuntur ibidem Joannes de Platea & Andreas de Barulo, item Jas. *in l.12.num.176. C. de jur. emphyt.* ubi dicit, hanc doctrinam perpetuo & valde notandam esse. Idem Jason *in §. omnium. num. 202. Instit.de actionib.* Præposit. *in c.1.§. vasallus feudum. si de feud. defunct. fuerit controvers.* Joannes Igneus *in repetit.l.necessarios.§.non alias.part.2.num.179.& 181.ff.ad Syllanian.* Sequuntur etiam hanc doctrinam consulendo Decius *in consil. 61. pro tenui facultate. num.1.* Roland. à Valle *in consil. 66. Illustrissime princeps. numero 20. & 21. lib.3.* Ludolph. Schrader. *in d. consil. 34. num.31.* Eo autem mi-
92 nus † tenentur, qui in possessione vel quasi sunt, titulum dicere ac demonstrare, si diu possederunt. Bald. *in l.sive possidetis.colum.2.versic.& istud est verum. C. de probationib. & in d. l. cogi. & in l. post mortem. C. de adopt.* Angel. *in l. qui in aliena. §. sed si adieris.ff.de acquirend.heredit.* Archidiac. *de consecrat. distinct. 1. cap.nemo.* quos & alios plures pro hac sententia citat & sequitur Bertrachin. *in suo repertor.in versic.possessor cum titulo.num.12.*

Atque hoc quidem adeo verum est, ut cleri-
cus, † licet alias titulum beneficii, quod se nomine Ecclesiæ possidere dicit, edere cogatur, *c. ordinarii. de offic. ordin. in 6.* Bald. *in l.2.colum.2. versic.sed nunquid. C. quomodo & quando judex sentent. profer. deb. & in d. l. sive possidetis. versic. quarto oppo-* 93
no. tamen ad eam editionem † & demonstrationem non teneatur, si diu illud beneficium possedit, ut notat Bartholom. Socin. *in tractat. regular. & fallentiar. in regul. 125. incip. Titulum suæ possessionis. versic. tertio fallit.* ubi adducit etiam Joannem Andr. *in cap.illud. de præsumpt.* & Bald. *in d. l.sive possidetis.* Idem tenet Jas. *in l.qui in aliena.num. 38.ff.de acquirend.heredit.* & addit ibidem per eum textum hanc sententiam amplecti Baldum, Angelum, Imolam, Raphaelem Cumanum & Alexandrum. In eadem sententia est Nicol. Boer. *in decis.313.num.3.* ubi adjicit, & dominos de Rota eam approbasse. Idem consulendo sentit Ludolph. Schrader. *d. consil. 34. num. 41.* ubi plures alias authoritates adducit. Eadem ratione de emphyteuta, † qui alias ad editionem instru- 94
menti emphyteusis domino teneretur, non obscuri juris est, quod tale instrumentum † exhi- 95
bere, ac sic titulum suæ possessionis docere non cogatur, si quadraginta annos emphyteutica bona possedit, ut post Angelum, Jasonem, Abbatem, & Speculatorem à se adductos consulendo tradit Ludolph. Schrader. *in dicto consil.34.numero 40.* Ex quibus omnibus planum fit, ob diutinam vel longissimi temporis possessionem adeo possidentes onere edendi titulum vel documenta, quibus titulus continetur, liberari, ut iis etiam casibus, quibus alias ad hujusmodi editionem tenerentur, compelli ad eam non possint. Multo minus itaque possessores ii ad ullam tituli & documentorum suorum editionem tenentur, qui plus quam longissimo adeoque immemoriali tempore possederint, argumento scilicet comparationis majorum & minorum. Hujusmodi autem possessores sunt G. & consortes, ut supra dictum est.

Sed & cum tanquam rei conventi sint, vel hoc solo nomine jura & instrumenta sua edere non coguntur. Nam cum nemo † initium pro- 97
bationis suæ è domo rei sumere debeat, *l. de numero. §. tormenta. ff. de quæstionib.* nec † originem 98
petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari oporteat, *l.1. & l final. C.de edend.* indubitati & expressi juris est, reum † non teneri ad 99
exhibendum actori instrumenta sua, eumq; instructiorem reddendum, *dicta l final.* ubi Bald. Salicet. Alexand. Riminald. Dec. Joan. Bologn. & communiter alii Doctores, *l. qui accusare. C. de edend. l.nimis grave. C. de testib. & cap.1. de probat.* atque hoc non solum in juris, sed & ipsius æquitatis ratione fundatum esse rescribit, Imper. Anton. *in dicta l. qui accusare.* & Alexand. *in dicta l. finali.*

Præterea vel eo ipso abunde editus & demonstratus est titulus per consulentes; quod constet eos immemoriali tempore in possessione vel quasi fuisse. Nam hujusmodi temporis possessio eam vim habet, ut possessorem titulum habere inde constet, ut supra in resolutione primæ quæstionis ostensum est. Atque hoc quidem adeo verum est, ut non solum nulla † pro- 100
batione,

batione, sed & ne quidem allegatione aliqua tituli sit opus, quemadmodum consulendo tradunt Ludovic. Gozadin. in consil. 8. in hac causa. num. 37. Sigismund. Loffred. in consil. 40. in præsenti causa. num. 38. Barbat. in consil. 35. versic. quinimo plus. volum 2. & Alexand. post alios à se citatos in consil. 6. viso themate. num. 2. versic. & neutro casu. Idem tenent Hostiens. in summ. de consuetud. §. fin. circa penult. colum. Guid. Pap. in quæst. 408. in fine. Francisc. Balb. secunda parte tertia partis principalis, quæst. 6. num. 28. Paul. de Castr. & Jas. in l. si certis annis. C. de pact. Anton. Gabriel. late in commun. opin. lib. 5. tit. de præscript. conclus. 1. num. 47. Atque hæc quidem cum ita se habeant, consulentes ad documenta sua proferenda, & titulum per eorum editionem docendum non tenentur.

Sed ut eo veriorem hanc conclusionem esse appareat, tria, quæ iis maxime obstare videntur, & in quibus, si non omnibus certe ex parte Episcopus procul dubio se fundat, dum editionem documentorum urget, refutabuntur, priusquam ad sequentis quæstionis resolutionem transeamus. Est autem primum, quod re-
101 gula † ea, qua actori reus instrumenta & jura sua edere non tenetur, fallat in fisco, cui etiam actori existenti ea à reo exhibenda sunt, l. 2. §. prim. ff. de jur. fisc. l. nec quisquam. ff. de edend. ubi id etiam tenet Jason, atque eandem sententiam amplectuntur Alexand. multique alii Doctores, in dicta l. final. C de edend. Ægid. Boss. in tractat. causarum criminal. tit. de fisc. & ejus privileg num. 11. Scip. Januarius in tractat. regularum & fallentiarum, regul. 267. in princip. Donat. à Fin. in suo conclusionum & regularum Enchirid. in verb. editio. versicul. reus tenetur fisco.

102 Secundum est, quod regalia † possidens cogi possit, ad ostendendum titulum ac privilegium, ex quo ea consecutus est Matth. de Afflict. in cap. 1. §. illud. num. 37. de prohibit. feud. alienat. per Frideric. Lucas de Penna in l. quicunque. colum. 2. C. de fund. limitroph. libr. 11. Refert & sequitur Roland. à Valle in consil. 89. etsi apud legum. numero 24. libro 2. Decimæ autem, ex salinis in privato etiam fundo repertis, sunt de regalibus, ut in primæ quæstionis resolutione dictum est.

Tertium & postremum est, quod consulentes ob regalia, quæ Episcopus ab Imperatore per investituram impetravit, præsumptionem
103 contra se habeant, & possessor † præsumptionem contra se habens demonstrare titulum possessionis suæ teneatur. Gloss. Bald. & Doctores in l. sive possideris. C. de probat. Roland à Valle in dicto consil. 89. etsi apud legum. num. 23. Abb. in c. constitutum. num. 4. de elect. Matth de Afflict. in cap. 1. in princ. num. 94. de controvers. investit.

Verum nullum horum, quæ ita videntur objici posse, tanti momenti est, ut non firma & vera maneat supra posita conclusio, idque ex iis, quæ sequuntur, planum fiet. Nam quod ad primum attinet, quo fisco etiam actori edenda esse à reis jura dictum est, responderi potest, pri-
104 mo Episcopi O. fiscum † proprie talem non esse, ad quem pertineant privilegia in legibus Cæsareis fisco concessa, sed hunc potius esse populi Romani, & ejus, qui in hujus locum successit, Imperatoris scilicet, secundum ea, quæ notat Ægidius Bossius in dicto tit. de fisc. & privileg. ejus. num. 1. 2. 3. 4. & Alciat. in l. inter publica. in verb. fiscus. Quin & in specie post quosdam alios à se adductos de Episcopo notat Ægidius Boss. in dicto tit. de fisc. & privileg. ejus. num. 8. quod fiscum non habere censeatur. Deinde eam limitationem, qua in fisco receditur à regula, quod actori reus non teneatur exhibere jura & instrumenta sua, non esse veram, nec confirmari textu, in d. l. nec quisquam. ff. de edend. & in d. l. 1. §. Divus. ff. de jur. fisc. accurate & docte demonstrat Joannes Bolognet. in dicta l. final. num. 17. C. de edend. ubi refutat textum in d. l. nec quisquam. & in d. §. Divus. adducitq; alios varios textus, ex quibus contrarium verius esse appareat. Accedit, quod ex Bart. Joan. de Platea, Andr. de Barulo in l. 1. C. de procurat. & conduct. præd. fisc. lib. 11. & ex aliis Doctoribus supra ostensum est, nec principem quidem compellere posse aliquem ad exhibenda jura & documenta, quæ in castris suis habet, & si id per citationem aliquam fiat, eam ipso jure esse nullam. Quod confirmatur ipso textu in d. l. 1. ubi traditur, in principis & fiscalibus causis æque, ac in causis privatorum id servandum esse, & refert Roland à Valle in dicto consil. 66. Illustrissime princeps. num. 22. lib. 3. Andream de Barulo dicta l. 1. dicere, quod in facto viderit per eam legem cassari & annullari quandam citationem, & processum factum per curiam Illustrissimi Domini Manfredi, qui citari fecerat quendam nobilem suum ad ostendendum, quo jure teneret quædam castra, quæ dicebantur ad curiam pertinere. Fuit enim pronunciatum, quod ipsa citatio & processus fuerit ipso jure nullus, quod factus esset, nullo juris ordine servato, qui in causis principum servandus est. Præterea ii, qui
præsumptionem † juris pro se habent, ad edi- 105
tionem tituli ac documentorum suorum iis etiam casibus non tenentur, quibus alias ad eam compelli possent, ut de reis eleganter notat Ludolph. Schrader. in consilio 34. numero 35. versicul. sequitur, quod sicut. Habent autem G. & consortes fortissimam & maximam præsumptionem pro se ob possessionem non solum longi & longissimi, sed & immemorialis temporis annorum quadringentorum. Atque hoc quidem
eo verius est, quod simplex † etiam immemo- 106
riale tempus centum annorum tantam præsumptionem parere censeatur, ut ea dicatur juris & de jure, quæ probationem contrariam non admittit. Ita consulendo tenet Ludovicus Gozadin. in consil. 8. in hac causa. num. 37. Marian. Socinus junior in consilio 115. numero 38. & seq. volum. 2. Chassan. in consilio 34. numero 2. Sequitur hanc sententiam etiam Felin. in cap à nobis. num. 7. de præscriptionib. & Antonius de Butrio in cap. pervenit. versicul. ad tertium. de censib. Atque in specie de sola diutina ac longissimi temporis possessione, ob eam quis iis etiam casibus ad tituli editionem non teneatur, quibus alias ad eam cogi posset, ut in confirmatoriis fundamentis supra abunde est demonstratum. Unde eo minus hic ista limitatio, de instrumentis fisco edendis, locum habere potest. Limitatio etiam illa, quæ in pri-

vilegio

reditario; quę conservata & innovata sint à consequentibus Episcopis, & quidem cum renuntiatione, pro se & suis successoribus, omnium jurium & exceptionum; quæ confirmata deniq; sint à Pontifice apostolica authoritate, & ab Imperatore de plenitudine potestatis.

Occurrit Episcopus; quia facultatis & liberi arbitrii sit petere decimas vigore regalium impetratorum; non esse locum præscriptioni & consuetudini isti immemorabili, nisi forte doceatur aliquando negatas, & deinceps justum tempus lapsum fuisse. Negat etjam ipsas Ecclesias & religiosas domos percepisse illas decimas; ideoq; eas vel hoc nomine, quod Ecclesiasticæ sint, præscribi non potuisse. Documenta deniq; nisi pariter omnes proferant, unde certior de justo titulo fieri possit, contendit, se vigore impetratorum illorum regalium, possessionem decimarum apprehensurum.

Quæstiones igitur hinc emergunt tres: Prima, an Episcopus juste petat decimas illas propter impetrata regalia? Secunda, an possessores illi teneantur documenta edere & docere de titulo? Tertia, an, si recusent, liceat Episcopo propter impetrationem regalium, sine causæ cognitione possessionem apprehendere?

Prima vero quæstio ejusmodi est, ut omnibus & singulis circumstantiis in utramq; partem bene ponderatis, speciosa & magni momenti esse videantur, quæ pro Episcopo O. faciunt. Nam
1 primum Salinas † constat esse de regalibus, *per c. 1. ibi: piscationum reditus & salinarum. quæ sint regal. & ibi feudistæ*, Felyn. *in c. causam. de rescript.* Jacob. de S. Georg. *in sua investitura, in verb. cum argenti fodinis & salinis num. 2.* Francis. Marc. *decis. 39. num. 1. part. 2.* Mynsing *consil. 39. num. 8.* Dec. *in consil. 293. num. 1.* Est etiam textus *in l. inter publica. ff. de verb. signif. ubi inquit Ulpianus*: Publica vectigalia intelligere debemus, ex quibus vectigal fiscus capit; quale est vectigal portus vel venalium rerum, item salinarum, & metallorum, & piscariarum. Et refert ibidem Alciatus; Salinarum vectigal ad principis monopolium, quod ab antiquis constitutum fuerit, pertinere, & ex illius restitutione apud Romanos M. Livium censorem dictum esse salinatorem. Idem tradit Ferrar. *lib. 5. feud. cap. 7. §. salinarum proventus.* Et laudat suæ sententiæ authorem Batt. *in l. 1. C. ut ne lic. in empt. spec.* Atque hæc quidem ita se habent in iis salinis, quæ in publicis locis reperiuntur: Ea enim principis esse dicuntur, & regalibus annumerantur, secundum textus & authoritates supra adductas; atq; illud cumprimis *in d. c. 1. quæ sint regal.* notant Alvarot. & Matt. Laudens.

Secundo, etjamsi dicamus Salinas R. privatas, ac in privato fundo repertas esse, tamen hoc Episcopo O. non adversabitur. Nam licet magnum sit discrimen inter eas salinas, quæ in publicis, & eas, quę in privatis locis inveniuntur; & illę qui-
2 dem de regalibus sint, hæ † vero ad privatos homines, si fundi domini sunt, spectent, ut de his salinis docent And. de Isern. Alvarot. Laudens. & Matth. de Afflict. *in d. c. 1. quæ sint regal.* Jacob. de S. Georg. *in verb. cum argenti fodinis & salinis. num. 2.* & facit text. *in l. forma. §. salinæ. ff. de censib. & in l. magis*
3 *puto. in princ. ff. de reb. cor.* Tamen † hujusmodi salinarum decimæ sunt de regalibus, & principi debentur. Ægid. Boss. *in tract. causar. criminal. tit. de metall. & argentifodin. nu. 3.* Wesenb. *in cons. 45. nu. 24. & 25.* Ferrar. *de feud. lib. 5. c. 7.* Schneidwein *in §. constituitur. nu. 5. Instit. de usufr.* Mynsing. *in consil. 39. nu. 11.* ubi expresse tradit, quod etjam privatus in suo solo mineras inveniens, principi suo decimas solvere teneatur, & reliquum in suum commodum vertere possit: quo etjam spectat, quod *ibid. nu. 15. & 16.* docet, & *nu. 12.* ait, hujusmodi decimas inter regalia referri. Idem tenet Alvarot. *in d. c. 1. nu. 6. dum ait*, esse de regalibus, † ut in quo- 4
cunq; prędio privato fodiatur argentum, aurum, vel aliud metallum, princeps & ejus fiscus habeat certam partem. Eodem pertinet, quod tradit Matth. de Afflict. *ibid. in verb. argentaria.* dum de argento dicit, quod ejus venæ sint principis, etjamsi sint in loco privato, quantum ad illam partem, quam debet habere fiscus. Atq; idem vult Andr. de Isern. *de decim. loquens in d. verb. argentaria. nu. 70.* confirmantur hæc etjam textu eleganti *in l. cunctis. C. de metall. lib. 11.* Proinde etjamsi integræ Salinæ R. non deberentur Episcopo O. tanquam in privato fundo repertæ, tamen saltem decimæ earum ei denegari non posse videntur.

Tertio, nec præscriptio aliqua ei videtur obstaculo esse posse; cum ea, † quæ meræ sunt fa- 5
cultatis, præscriptionem non admittant, nisi post prohibitionem à præscribente factam, *l. viam publicam. ff. de via publ. c. possessiones 16. quæst. 1. c. significante. & ibi Dd. communiter, extra de appellat.* Gloss. *in c. ut privilegia. in verb. in anno. & ibi*, Ant. de Butr. *col. fin. extr. de privil.* Rol. à Vall. *in cons. 21. nu. 13. 14. 15. lib. 2.* Cyn. *in l. cum notissimi. §. sed cum illud. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* Felin. *in c. cum accessissent. ante num. 28. extr. de constitut.* Balbus *in tract. de præscript. in 4. parte quintæ partis principalis, quæst. 5. num. 2. cum similib.* Ex quorũ dictis colligitur, in talibus non procedere quoq; præscriptionem immemorialis temporis; sive quis faciat tanto tempore ea, quæ sunt facultatis, sive tanto tempore quis non faciat vel utatur iis, quæ sunt facultatis. Itaque si mille annos aliquis ivisset ad tale molendinum, non propterea contra eum fuisset præscriptum: Rursus si per mille annos tenuisset domum depressam, non propterea prohiberetur altius ædificare, & sic de similibus, quæ competunt jure facultatis. Neq; vero † sufficit prohibitionem à 6
præscribente esse factam, nisi simul doceatur, legitimum tempus pręscriptionis esse lapsum ab ipsa prohibitione. Gravet. *de antiquit. temp. in part. 4. vers. materia ista singularis. quæst. 24. nu. 99.* Jacob. de S. Georg. *in verb. & cum molendinis. versic. & hanc conclusionem.* ubi hanc sententiam communẽ dicit. Hic vero non solum non constat tempus legitimum à prohibitione alicui Episcopo O. facta effluxisse, sed & nequidem ipsa prohibitio videtur doceri posse.

Quarto, cum decimæ Ecclesiasticis personis debitę res spirituales sint, vel hoc nomine in proposita facti specie pręscriptio non videtur locum habere posse. Nam ea † præscribi, vel etjam con- 7
suetudine obtineri posse negantur, *c. cum non sit. de decim.* & ibi Canonistæ, Balb. *d. quæst. 7. in 1. parte quintæ partis principalis, nu. 2.* quã sententiam contra scholasticos theologos fortiter defenderunt Cano-

Canonistæ, Fr. [illegible] opin. *lib.2. in verb. consuetudo.* & Guid. Pap. *in decis.*284. ubi addit, hanc opin. esse communẽ. Id quod etjam testatur Fr. Bursat. *in cons.*50.*nu.*11. Atq; hoc quidẽ hic eo magis obtinet, quod inter eos, qui se in præscriptione fundant, non solum Ecclesiasticæ reperiuntur personæ, sed etjam seculares, & ne ab ipsis quidem illis Ecclesiasticis decimæ sint perceptæ.

Quinto, eo minus præscriptioni locus in proposita facti specie esse potest, quod ea nitentes, vel saltem eorũ majores in mala fide fuisse videantur, quatenus sciverunt, vel scire debuerunt, decimas Salinarũ O. ad Episcopũ spectare. Nam
8 hodie † de jure canonico in hoc casu, quo in mala fide est prescribens, nõ admittitur prescriptio, etjamsi alias de jure ciuili nõ esset prohibita. Textus est *in c. fin. ubi Dd. communiter. de præscript. & in c. possessor. ubi Dd. de reg. jur. in 6. Canonistæ in c. Ecclesiæ. de constit.* Ferrariens. *in forma rei con. verb. præscriptionis. nu.*40. Fr. Balb. *tract. de præscript. in 3. parte sexta partis principalis. q.*2. Atq; hoc quidẽ jus in Camera etjam Imperiali observatur, ut testatur Myns. ubi addit, id non solũ in tempore 30. vel 40. annorũ, sed etjam in immemoriali procedere. Idem consulendo tenet *in d. cons.*48.*nu.*17. Atq; hanc etiam sententiã de immemoriali tempore amplectitur Guid. Pap. *in cons.*91 *circa processum. nu.*5. Zas. *in cons.*16.*nu.*51.*vol.*2. Cravet. *cons.*146.*nu.*2.*vers adeo præmissa.* Paris. *in cons.*27.*in præsenti. nu.*117. *& cons.*101.*nu.*111.*lib.*1. *Idem in c. fin. nu.*17 *de præscript.* Ant. Gabr. *post multos alios à se adductos in communib. opin. lib.*5.*tit. de præscript. conclus.*1.*nu.*55.*versic. contrarium quod bona fides.*

Sexto, ut maxime negari tandem non posset, præscriptione vel consuetudine contra decimas hoc casu acquisitam esse libertatem, tamen pro Episcopo faceret, quod nõ desint juris Interpre-
9 tes, qui adseverant, quod † jus præscriptione quæsitũ, princeps de plenitudine potestatis auferre possit, quum prescriptio sit de jure civili inducta, cui princeps derogare potest. Angel. *in l. Lucius. ff. de evict.* Alber. de Rosa. *post Odofr. in l. quotiens. vers. item qui. C. de prec. Imp. offer.* Dec. *in c. quæ in Eccles. vers. quintus casus. de constit.* Et contra absolutam potestatẽ principis, sicut prescribi nõ potest,
10 ita quoq; omnis consuetudo † ab eo cassari potest. Bald. *in addit. ad Specul. in tit. de jurisd. omn. judic. per c.*1.*de constit. in 6. l.*4.§.*Divus. ff. de sepul. viol. Auth. navigia. C. de ser. fugit.* Facit huc, quod consuluit Alex. *cons.*16.*lib.*5. quod quamvis per tempus immemoriale civitas Rhegii præscripsisset jurisdictionem in quodam oppido; tamẽ non obstante hac præscriptione, potuerit Imperator illud oppidũ in feudum concedere Duci Ferrariæ. Idem sentit Bald. *in auth. quas actiones. q.*5.*C. de sacros. Eccles. per l. præscriptio. C. de oper. publ. & in cons.*401.*&* 430.*lib.*4. Quod nimirum princeps omnem consuetudinem etjam antiquissimam pro libitu voluntatis suæ annullare possit, cum sit majoris authoritatis, quam consuetudo, nec possit absoluta principis potestas per consuetudinem inferioris refrenari; quia inferior in superiorem nihil potest, *l. nam magistratus. ff. de arbit.* prout hæc omnia latius prosequitur Natta *consil.*511.*& consil.*512.

Septimo, etjamsi obtendatur, & privilegia quædam contra Episcopum facere, eaq; generalibus verbis utantur, tamen hujusmodi privilegia vel eo nomine videntur Episcopo non obstare, quod specialiter & expresse decimarum non
fiat in iis mentio. Nam ut † regalia, & ea, quæ ad 11
jus superioritatis spectant, alicubi per principem concessa censeantur, non sufficit, ut verba sint generalia; sed necessario requiritur, ut specialiter disertisque verbis exprimantur, *c. sedet.* ubi Bald. *de rescript. c. quod translationem. de offic. delegat.* Dd. *in l. fin.* §. *cui dulcia ff. de vin. trit. & ol. legat.* And. de Isern. Bald. & moderni *in c. unico. quæ sint regalia.* Casp. Caballin. *in milleloq.* 42. *num.* 12. Mynsing. *in consil.*39.*num.*6. *&* 7. Cacher. *decis.*29.*num.*5. *versic. imo concessit.* Henningus Göd. *consil.* 2. §. Auß dieser Forcht. Mynsing. *consil* 39. *quæritur cum terra. num.*6. ubi ait, quod in generali concessione feudi non præsumantur venire ea, quæ spectant ad regalia, nisi expresse & in specie nominentur. Et pro ea sententia allegat Præpositum *in c.*1.*quæ sint regalia.* & Bald. *in l.*2.*colum.*6.*C. de servit. & aq.* Accedit his, quod notat Alciatus *in c. quod sedem. num.*43. *de offic. ordin.* ubi asserit, generaliter jurisdictione concessa merum imperium, quod in regalibus consistit, non comprehendi, sed reservatum censeri. Ex quibus evidenter apparet, licet regulari jure generaliter prolata generaliter sint intelligenda, & genus tantum operetur, quantum specierum enumeratio, tamen illud jus fallere in regalibus.

Atque hæc quidem ita se habent, jurisq; rationi sunt consona, etiamsi generalissimis sive universalibus verbis concessio facta fuerit, facit textus *in c.*2. *de præbend. in 6. & in c. quia periculo. de sentent. excommun. lib. eod.* Bartol. *in l.*1 *ff si quis in jus vocat. non ierit.* Bertach. in Repert. *in verb. expresse.* Alberic. de Rosat. *in l.*1.*in fin. ff de offic. ejus cui mandat. est jurisdict. ubi ait*; Regem donantem castrum cum omni jure suo non censeri donasse jus regium. Alciat. *in d. c quod sedem. num.*43. Mynsing. *d. consil.* 39. *quæritur cum terra. num.* 7. Facit etjam quod notat Afflict. *decis.*122. *num.*3. ubi refert, in gravissimo Neapolitano concilio decisum esse, quod licet generalibus verbis alienationis adjecta sit clausula, nihil sibi reservando, tamen regalia alienata esse non censeantur. Plane adeo non est verisimile, eos, qui habent regalia, velle per aliquam generalem concessionem feudi ea in alium transferre, ut licet alicui Ducatus vel Marchionatus in feudum datus fuerit, tamen si regalium nulla specialis mentio in concessione fiat, frustra ea vel omnia, vel ex parte, in ejusmodi quantumvis potentem vasallum translata esse contendatur. Alvarot. & Doctores *in d. c.* 1. *quæ sint regalia.* quos allegat & sequitur Dominus Sonsbeckius *in suis comment. ad usus feud. part.* 8. *num.* 18. Atque in his quidem nostris terminis eo minus extensio aliqua fieri potest, quod
in iis concessionibus, † quæ fiunt per modum 12
privilegii, peculiare sit, ut stricte accipiantur, *c. nos,* §.1 *de temp. ord.* Decius *in c.*1 *vers secundo limitatur. de rescript.* Jas. & alii Dd. *in l fin. ff. de constit. princip.* Joan. Crotus *in cons.*422.*difficultas præsentis. nu.* 11. *lib.* 3. ubi addit, hoc adeo verum esse, ut licet privilegia concessa sint proprio motu & ex certa scientia, tamen quoad ejus fieri potest,

restringi

[illegible] pro qua sententia citat etjam
Felinum & Decium *in c. super eo. de offic. delegat. judic.* Quare cum hoc casu de privilegiis agatur,
attendi hic non potest, quod alias dici solet, be-
13 neficia † principum latissime accipi & extendi
debere, *c. cum dilecti. de donat. d. l. fin.* & ibi Bart. &
Dd. *ff. de constit. princip. l. si quando. & ibi not. Bart. C.
de bon. vacantib. lib.* 10.

14 Octavo, verba † quibus aliquid conceditur,
convenire debent non solum rebus, sed & per-
15 sonis, *c. si pater. de testib. in* 6. Qualitatis † enim per-
sonarum cum quibus actum est, in interpreta-
tione concessionis iis factæ, summa habetur ra-
tio, *l. plenum. §. equiti ff. de usu & habitat. l. militari. ff.
de testam. militar.* Riminald. *consil.* 34. *num.* 13. *lib.* 1.
Cravet. *consil.* 308. *num.* 7. Schurff. *consil.* 3. *num.* 2.
cent. 1. ubi demonstrat, ea etjam, quæ à principe
conceduntur, non simpliciter, sed secundum
conditionem & qualitatem personarum, quibus
aliquid conceditur, esse accipienda. Atqui mo-
nasteria, nobiles & alii privati ejusmodi sunt per-
sonæ, quæ non solent exornati dignitatibus re-
16 giis, & regalia, † aut ea, quæ regalibus connexa
sunt, habere, cum hæc supremæ alicujus emi-
nentiæ signa sint, ideoque principibus solis re-
servata dicantur; ut communiter notant Dd. *in
d. c. unico. quæ sint regalia.* Ex quo consequitur, G.
etjam & consortes tales esse personas, in quas re-
galia conferri non soleant; ideoque ita interpre-
tationem verborum in privilegiis, quibus nituntur,
faciendam esse, ut iis decimæ Salinarum R.
dicantur non esse concessæ.

Nono, etjamsi speciatim decimæ Salinarum
R. per privilegium ab Episcopi O. antecessori-
bus essent concessæ, tamen ea etjam concessio
17 nullius momenti esset, cum non † nisi à summo
principe, sive ab iis, qui superiorem non reco-
gnoscunt, regalia in aliquem transferri possint,
ut late & accurate consulendo demonstrat We-
senbec. *in consil.* 45. *num.* 28. 29. 30. *& seqq.* Idem
tenet Mynsing. *in observat.* 49. *cent.* 5. & Schneid-
wein *in §. summa autem divisio. num.* 66. *Instit. de interdict.* Et facit text. *in l.* 1. *C. de jur. aur. annul. & in l.
sacrilegii. cum ibi notatis. C. de divers. rescript.*

Decimo, ne quidem ii, qui potestatem conce-
18 dendi aliis regalia † habent, in alios ea aliter
transferre possunt, quam ex singulari urgentissi-
ma causa, ut pulchre notat Roland. à Vall. *in consil.* 18. *in præsenti consultatione. num.* 77. *lib.* 2. Et facit
quod tradit Rothomagensis Parlamenti Præses
Joannes Igneus *in sua doctissima repetitione l. necessarios. § non alias. in parte* 4. *num.* 34. *ff. ad Syllan.* ubi
dicit, sine justa & legitima causa regalia concedi
non posse, & pro hac sententia allegat textum *in
l.* 1. *ibi, qui re diligenter inspecta, utilitatem communem
intuitus, scribit nobis quæ comperit, & an habenda sit
ratio nostri, & quatenus, existimabimus C. nova vectigal. imponi non posse, & in l. placet. C. de excusat. muner.* Quibus idem Joannes Igneus ibidem subji-
cit, si secus à rege concedente regalia fiat, mor-
taliter eum peccare secundum Innocent. *in c. intravenimus. extr. de censib.* Jam vero in proposita facti
specie nulla videtur valde urgens & legitima cau-
sa adduci posse, ob quam per privilegium ipsæ
Salinæ O. vel earum decimæ G. vel etjam eorum
consortibus concessæ sint; atque ideo etjamsi
eas speciali concessione haberent à summo prin-
cipe, tamen hujusmodi concessio iis prodesse
non posset.

Undecimo, haud obscuri juris est, privile-
gium † subdito concessum per aliquem princi- 19
pem, posse etjam sine causa revocari, & pro ra-
tione in hujusmodi revocatione sufficere volun-
tatem, *per gloss. fin. in c. decet. de regul. jur. in* 6. *& in c.
constitutus. in verb. à quocunq. de religios. domib.* An-
gel. *in l. Antiochiensium. ff. de privil. credit.* Bald. *in l.
qui se patris. versic. & hoc scias. C. unde liber.* Idem no-
tat Roland. à Valle *in consil.* 13. *& si apud me. num* 3.
& aliquot seqq. lib. 5. ubi addit, hanc esse commu-
nem opinionem. Atque hæc quidem revocatio
eo magis in præsentiarum hoc tempore fieri po-
test, quod privilegium habens actum successi-
vum, saltem quoad actus futuros revocari possit,
per Anton. de Butr. & Cardin. sicuti eos refert
& sequitur Abb. *in c. novit. de judic.* Innocent. *in c.
in nostra. de injur.* Ratio prædictorum est, quia
concessio † stans in finibus meri privilegii, ha- 20
betur quoad subditum, ut lex: Lex † autem non 21
ligat concedentem, *l. princeps. ff. de legib. l. penult. ff.
de arbitr. gloss. in c.* 1. *in verb. ab omnibus.* & ibi Dd. *de
constitut.* Accedit huc, quod scribit Bartolus *in l.
hostes. quæst.* 1. *ff. de capt. & postlim.* ubi inquit, quod
cum Veneti dicant, se habere libertatem ex pri-
vilegio à Romano Imperio, videantur ab eodem
precario quodammodo tenere, & quod Impe-
rium Romanũ posset privilegium illud revoca-
re quando vellet; cum † ei liceat mutare volun- 22
tatem, per *l. si quis. ff. de legat.* 3. Pari ratione dum
dicunt G. & consortes, se liberos & immunes es-
se à decimis Salinarum ex privilegio Episcopo-
rum O. videntur fateri, se precario illam liberta-
tem esse consecutos, & tenere, adeoque fas esse,
reverendissimo illam libertatem rursus avoca-
re. Quia etjamsi in precario † promissio inter- 23
cederet de non revocando, tamen illa, tanquam
contra substantiam ipsius contractus facta, non
teneret, *l. cum precario. ff. de precar.* In actu enim de
sui † natura revocabili non potest quis sibi abdi- 24
care facultatem revocandi, per Bartol. ibid.

Duodecimo & ultimo, eo minus obligat Epi-
scopum O. privilegium, de quo nunc agitur,
quod tanquam successor contra id veniat, & id
in eo deneget ac revocare velit, quod de regali-
bus esse supra demonstratum est. Nam regalia † 25
non possunt concedi in præjudicium successo-
rum, si præsertim non hereditario jure, sed ut in
dignitate succedunt: ideoque † ii privilegium, 26
quo regalia ab antecessoribus in aliquem trans-
lata sunt, revocare possunt, sive per viam contra-
ctus, sive alio modo, hujusmodi privilegium fue-
rit concessum. Ita tenet Felin. *in c.* 1. *num.* 5. *versic.
quarto declara. de probat.* Bald. *in tit. de pace Constantiæ. versic. amplius.* Ægid. Boss. *tit. de regal. num.* 31.
Anton. Gabriel. post multos alios à se adductos,
in communibus conclusion. lib. 3. *tit. de jur. quæsit. conclus.* 5. *num.* 4. Atque in hanc sententiam consu-
lendo descendunt etiam Jason. *in consil.* 1. *num.* 2.
versic. & ad confirmationem ejus. lib. 1. (ubi elegan-
tem hujus juris rationem addit) Socin. *in consil.* 7.
num. 5. *& seq. volum.* 3. & Roland. à Vall. *in consil.* 21
num. 102. *lib.* 1: ubi inter alias autoritates à se ad-
ductas, ait; Scribentes etjam *in d. cap.* 1. *de probat.*
hanc

hanc sententiam sequi. Ex quo planum fit, non obstare Episcopo, ut successori, privilegium antecessorum, etiamsi dicatur illud per viam contractus esse datum.

Verum hæc omnia utcunque admodum speciosa sint, si præsertim conjunctim inspiciantur, tamen non tanti sunt ponderis, ut non re tota diligenter perpensa & ponderata, verius esse existimemus, Episcopo O. decimas Salinarum R. optimo jure per G. & consortes denegari.

Nam ut taceatur, licet in impetratis à Cæsarea Majestate regalibus se fundet Episcopus, tamen necdum constare, quænam illa sint regalia, & an inter ea etiam Salinæ earumve decimæ re-
27 periantur, cum investitura † generis non probet concessionem vel possessionem speciei, Innocent. *in c. in præsentia. de probat.* Tiraquell. *de retractu consanguin. §. 36 gloss. 3 num. 3.* quos refert & sequitur Wesenbec. *in consil. 45. num. 38.* illud cumprimis hic ponderandum est, G. & consortes ab annis plus quadringentis tranquille & pacifice Salinas R. possedisse, nec unquam decimas ullas inde solvisse, atque hic non de ipsis regalibus præscribendis, & decimis in alieno fundo alienisq; salinis acquirendis, sed potius de libertate non solvendi decimas ex suis salinis præscribenda, & sic de evitando onere agi.

28 Potest autem contra ipsa etiam regalia, † velut contra jus percipiendi vectigal, pedagium, portorium, & id genus alia; libertas non solvendi onera, solo spacio quadraginta annorum præscribi: ita tenent Bart. Angel. Paul. de Castr. & alii *in l. licitatio. §. earum. ff. de publican. & vectigalib.* Didac. Covarr. *in c. possessor. part. 2. §. 2. num. 8. de regul. jur. in 6.* Balb. *in tractat. præscript. secunda parte quintæ partis principalis, quæst. 5.* Fettar. Montan. *de feud. lib. 5. cap. 7. § igitur regalia.* ubi præter alias autoritates citat & textum *in l. quibus diebus. ff. de condit. & demonst.* Eandem sententiam consulendo sequuntur Bald. *in consil. 112. de generali, colum. fin. in quarto puncto, lib. 2.* Philip. Corn. *in consil. 42. colum. 1. lib. 2. & consil. 22. col. 5. lib. 3.* Carol. Ruinus *in cons. 217. num. 8. & consil. 219. nu. 9. versic. præterea ex quo. lib. 1.* Paul. Parisi. *consil. 69. num. 7. lib. 1.* Menoch. *in consil. 221. num. 19.* Alex. *in consil. 16. in casu & lite. num. 6. versic. tertio consideratur. lib. 5.* Cravet. *consil. 111. num. 12.* Similiter & consuetudine effici po-
29 test, ut quis † liberetur à solutione onerum, quantumvis ad regalia pertinentium, ut quoad decimas, quæ principi ex metalli fodinis in privato fundo repertis debentur, consulendo tradit Mynsing. *in consil. 39. num. 16. & seq.* Pro qua sententia allegat textum expressum, *in l. ob metallicum. de metallar. lib. 11.* Atq; huc facit, quod And. de Isern. Afflict. Alvarot. & alii *in c. 1. quæ sint re-*
30 *gal.* tradunt, in † salinarum reditu potissimum esse observandam consuetudinem.

Sed & ut maxime hic de ipsis regalibus acquirendis, & nimirum de decimis in alienis salinis præscribendis ageretur, tamen immemoriale
31 tempus ad præscriptionem sufficeret. Nam † regula fere indubitata est, quod sublata vel prohibita præscriptione, non tamen prohibita censeatur, ea quæ est immemorialis, ut per Angel. *in l. 1. C. ne rei dom. vel templor. & in l. 1. col. 3. C de annal. præscript.* Nicol. Boër. *in decis. 39 num. 12.* Matth. de Afflict. *in decis. 254. sæpe fuit iste casus.* Alex. *in consil. 60. ad fin. vol. 1.* Dec. *in consil. 496. col. 2.* Mynsing. *consil. 48 num. 12. plenissime ad Rubr. extr. de præscript. num. 18.*

Et in specie, quod regalia, † sive ea, quæ principi reservata sunt, immemoriali tempore præscribantur, convincitur ex textu *in c. super quibusdam. §. præterea.* ubi Abb. *de verb. signif.* Atque ita tenet idem Abb. *in c. cum nobis. num. 3. de præscript.* Alex. *in l. more. col. 2. in fin. versic. subdit etiam Romanus. ff. de acquir. hered. & in consil. 6. viso themate. num. 3. lib. 1.* Ægid. Boss. *in tractat. causar. criminal. tit. de regaliis, num. 21.* Fr. Rip. *in repetit. l. quo minus. num. 41. ff. de fluminib.* Philip. Corn. *in consil. 22. num. 36. lib. 3.* Craver. post alios multos à se adductos *in tractat. de antiquit. tempor. part. 4. § absolutis differentiis. num. 13. & in consil. 54. num. 8.* Mynsing. *obser. 24. centur. 4. & observat. 29. centur. 5. Idem consil. 48. num. 12.* Joan. Schneidwein *in §. summa divisio. nu. 66. Instit. de interdict.* Ac de hac quidem sententia, an vera sit, eo minus hodie in Imperio est dubitandum, quod ea in ejus supremo judicio, Camera scilicet Imperiali, sit comprobata, ut apparet ex iis, quæ notat Mynsing. *in d. obser. 24. centur. 4. & in obser. 29. centur. 5.* 32

Eo vero magis hæc sententia de præscriptione immemorialis temporis in proposita facti specie locum habet, quod de præscriptione contra eum agatur, qui superiorem recognoscit, & ea sententia eo etiam casu locum habeat, quo contra Imperatorem, regem, similemve personam, superiorem non recognoscentem præscribitur, ut ex supra citatis autoritatibus planum fit, in quibus & illud observandum est, quod simpliciter de regalibus loquantur, ideoq; cumprimis in iis terminis attendendæ sint, quibus de minoribus regalibus agitur, ut in proposita facti specie fit. Nam fodinæ, † ad quas Salinæ etiam 33
pertinere censentur, non ad majora, sed minora & minus præjudicialia regalia referuntur, Wesenbec. *in consil. 45. num. 26. & 39.* ubi citat etiam pro hac sententia authoritatem Zasii *in consil. 16. num. 54. & seq. lib. 2. & in Epit. feud. part. 2. qui feud. dar. poss. num. 13. & 14.*

Quod autem † hoc casu sit immemoriale 34
tempus, diversæ sunt Dd. opiniones. Nam alii arbitrantur, hoc tempus esse brevius centum annis, modo excedat hominum memoriam. Ita sentit Glossa 4. *in c. cum nobis. versic. unde videtur.* Felin. *in c. ad audientiam. limit. 5. eod tit.* Alexand. *consil. 208. versic. nec etiam prædictis obstat. volum. 2.* Eandem opinionem sequitur etiam & tuetur Cravet. *in tractat. de antiquit. tempor. part. 4. §. absolutis differentiis. num. 1. usq. ad num. 9.* ubi per sex rationes eam veram esse probat, quam Camera Imperialis etiam secuta esse videtur, ut patet ex Mynsing. *obser. 30. centur. 1.* Alii vero tenent, hoc tempus esse majus centum annis, Felin. *in c. si diligenti in fin. & in d. c. cum nobis. versic. & ex eo. de præscript.* Carol. Ruin. *in consil. 66. num. 22. lib. 2.* Paris. *in d. c. cum nobis. num. 7.* Præter quos plures recenset Ant. Gabriel. *in communib. conclusionib. lib. 5. tit. de præscript. conclus. 1. num. 71. versic. contrarium quod præscriptio.* Tertia opinio est eorum, qui existimant, tempus immemoriale esse centum annorum, nec sufficere præscriptionem brevioris

temporis, ut per Cyn. in l.2. quæst.9. C. de servitut. & aqua. cum concordantibus adductis per Cæpoll. in tractat. de servitut. urban. prædior. cap.19. num.5. Specul. in tit. de probat. §.1. versic. quid si testes. ibi, dicunt autem quidam. Innocent. in c. veniens. versic. & dicunt quidam. de verbor. significat. Curt. junior consil. 90. num.2. ubi hanc opinionem communiter esse receptam testatur, Anton. Gabriel. post alios multos à se citatos in d. conclus.1. num.71. & 73. ubi ait, eam sententiam esse magis communiter approbatam. Sed quamcunque tandem sententiam amplectamur, non erit dubium, quin in proposita facti specie simus in terminis temporis immemorialis, cum aliquot jam secula effluxerint, ex quo Salinas R. pacifice & tranquille G. & consortes possedisse dicuntur, nec decimas inde solverunt.

Neque vero difficile fuerit, per testes hoc casu immemoriale tempus probare, cum inter o-
35 mnes constet, ad tale † tempus probandum sufficere & admitti testes, qui saltem sint quinquaginta quatuor annos nati, ita ut possint perhibere testimonium de quadraginta annis præteritis. Ita tradit Dominic. de S. Geminian. in c.1. colum.4. & ibi Philip. Franc. colum. final. versic. sed quærit hic Lapus. de præscript. in 6. Balb. in tractat. præscript. in secunda parte tertiæ partis principalis, quæst. 6. num. 27. Idem tenet Florian. in l. servitutes, magna. num.76. ff. de servitut. Paris. in consil.27. num.97. & in consil. 104. num.124. volum.1. Mynsing. in d. obser.30. cent. 1. Et licet præterea ex communi Doctorum sententia (de qua testatur Cacheran. in decis.101. num. 16. Anto. Gabriel. in d. conclus.1. num.74. & Mynsing. in d. obser. 30.) & illud requiratur, ut hujusmodi testes deponant, communem esse opinionem & famam, quod de contrario usu non extet memoria; item quod testes ita semper viderint & audiverint à majoribus, nec unquam contrarium fuerit observatum, tamen nec hæc res difficultatem ullam pariet, sed procul dubio facile testes ita deponent, modo si res ad litem devenerit, advocati G. & consortum in iis articulandis cauti sint. Nam hæc in articulis omitti non debent, Mynsing. in d. observat. 30. Et de dicta communi opinione & fama peculiaris & principalis constituendus est articulus, nec sufficit generalis ultimus articulus, quo dici solet, de omnibus prædictis esse publicam vocem & famam. Ita pulchre notat Signorol. de Homodeis in consil. 70. in quæstione vertente. num. 19. versic. nec obstat si dicatur. & Anton. Gabriel. in d. conclus. 1. num.80.

Eo sane facilior erit hæc probatio temporis immemorialis, quod ei probationi adjumento futura sint varia illa & antiqua documenta, quæ contra Episcopum produci poterunt, nec obscure ostendunt, ejusmodi tempus effluxisse, ex quo G. & consortes pacifice & absque onere decimarum Salinas R. possederunt. Eam autem
36 vim † hoc tempus habet, ut idem operetur, quod constitutum, item lex, privilegium, concessioq; imperatoria legitime impetrata, l. hoc jure. §. ductus aquæ. ff de aqua quotid. & æstiva. l.1. §. fin ibi, vetustatem vicem legis obtinere, & §. & l. in summa. in princ. ibi, vetustas quæ semper pro lege habetur. ff. de aqua pluvi. arcend. c. super quibusdam. §. præterea. de verbor. signific. Atque ita in specie, quoad constitutum, tenet Gozadin. in consil.8. num.37. Ruin. in consil.118. num.8. volum.4. Caballin. in milleloq.314. Andr. de Isern. in c.1. in verb. flumina. num.7. quæ sint regal. Anto. Gabriel. in d. conclus.1 num.62. Hannibal. in l. nemo potest. num. 597. ff. de legat. 1. Quoad legem, id tradit Gloss. in d. c. super quibusdam. § præterea. in verb. non extat. de verbor. signific. Balb. in tractat. præscriptio. secunda parte tertiæ partis principalis, quæst.6. num.25. versic. & ratio. Gozadin. d. consil.8. num.37. De privilegio vero & concessione imperatoria ita scribit Rol. à Valle in consil. 66. num. 41. & seq. lib.2. Alex. in consil.52. num.3. vol.5. Mynsing. in obser.30. cent.1. Afflict. in c.1. §. si quis per triginta. num.10. si de feud. controvers. inter domin. & agnat. Anto. Gabriel. late in d. conclus.1. num.1. Bertrand. in consil.128. num.3. vol.2. Barbat. in consil.35. versic. & tertio ego præmitto. volum.2. Grammat. voto 12. num.9. Gozadin. in d. consil.8. num.37. ubi ad-
dit, tempus † immemoriale tantum posse, quan- 37
tum Imperator cum causa: idque asserunt etiam Roland. à Valle in d. consil.66. num.47. Ruin. in d. consil.118. num.10 Isern. in c.1. § flumina. colum.3. quæ sint regalia. Balb. in tractat. præscript. in secunda parte tertiæ partis principalis, quæst 1. num.28. versic. & dicit Andr. Jas. in l. quo minus. num.42. ff. de fluminib. Ant. Gabriel. in d. conclus.1. num 67. Accedit his, quod
hoc tempus † etiam mandato æquiparetur, ut 38
consulendo notat Barbat. in consil. 9. in princ. volum.1. quem adducit & sequitur Roland. à Val-
le in d. consil.66. num. 44. Item, quod vim † pa- 39
cti etiam expressi habeat, consulendo tenent Bald. in consil.315. colum.1. circa medium, lib.3. Dec. in consil. 588. num. 6. Paris. in consil. 121. num. 20. volum.1. Cravett. in dicto consil.10. numero 11. Roland. à Valle in d. consil.66. numero 45. Idem tradit Ripa in l. quo minus. num. 41. ff. de fluminib. & ibid. Jas. num.96. Hannibal. in dicta l. nemo potest. numero 592.

Ex quibus omnibus in proposita facti specie consequitur, ob immemoriale tempus, quo confirmata est exemptio ab onere solvendi decimas ex operibus Salinariis R. perinde esse, ac si constitutum intervenerit, & ea exemptio à lege quadam Imperiali vel privilegio concessioneque cum causa ab Imperatore ac Episcopis Padebornensibus facta, vel etiam ab expresso eorum mandato, vel denique pacto legitime cum eis inito originem habuerit, neque minori solennitate id factum fuerit, quam si publicum de ea re instrumentum esset factum. Nam
& † vim publici solennisque instrumenti ha- 40
bere censetur tempus immemoriale, ut pulchre notat Matth. de Afflict. in decis.239. in fin. ubi pro hac sententia adducit etiam Innocentium in cap. novit. de judic. & in cap. super quibusdam. §. præterea. de verbor. significat. & Baldum, in l.1. C. de emancipat. liberor. Idem tenet Anton. Gabriel. in d. conclus.1. num. 70. & Roland. à Valle in consil. 3. num. 97. lib.1. Atque hæc quidem hoc casu eo magis procedunt, quod simus in terminis, non solum centum, sed & ducentorum, imo quadringentorum annorum, & sic ejus temporis, quod longissimo intervallo excedit vulgatum illud immemoriale tempus, in quo supra adducti effectus locum habent, se-

cundum

eundum jura supra adducta, quæ eo etiam casu, quoad hoc vulgatum & simplex immemoriale tempus militant, quo de regalibus ac principi reservatis agitur, ut convincitur ex textu *in c. super quibusdam. §. preterea. de verbor. significat.* Et ex iis, quæ notant Bartol. *in l. quo minus. in 2. quæst. versic. item habet licita. ff. de fluminib.* Balb. *in tractat. præscript. in secunda parte quintæ partis principalis, in 3. quæst. num. 14.* Parif. *in c. cum nobis. num. 4. de præscript.* Caccialup. *in l. imperium. num. 23. ff. de jurisdict.* Guid. Pap. *in consil. 56. circa præsentem. num. 1. & in consil. 65. in princ.* Anton. Gabriel: *in d. conclus. 1. num. 3. & 4.* ubi per quamplurimas authoritates ostendit, præscriptionem immemorialis temporis habere vim privilegii & concessionis Imperatoriæ in reservatis principi; quam sententiam singulariter communem & frequentatam appellat Joan. Igneus *in sua repetit. in l. necessarios. §. non alias. parte 4. num. 34.*

Et cum hæc ita se habeant, etiamsi hoc casu tricenariæ vel quadragenariæ præscriptioni locus non esset (quod tamen nequaquam est concedendum, secundum ea, quæ supra deducta sunt) tamen ob multiplicatum aliud immemoriale tempus, de quo supra dictum est, optimum & justissimum titulum cum sua possessione, vel quasi conjunctum G. & consortes haberent, cum præsertim simpliciter † immemoria-

41 lis temporis ea vis esse dicatur, ut titulum pariat, *l. hoc jure §. ductus aquæ ff. de aqua quotid. & æstiva. c. 1. de præscript. in 6.* Andreas de Isern. *in c. 1. §. præterea ducatus. num. 16. de prohibit. feud. alien. per Frideric.* Roland. à Valle *consil. 66. num. 4. lib. 2.* Signorol. *consil. 21. numer. 20. versic. undecimo probat.* Parif. *in consil. 27. in præsenti. num. 77. & consil. 111. in causa. num. 43. & 49. lib. 1.* Anton. Gabriel. late & multi alii à se adducti *in d. conclus. 1. num 44.* Lofred. *consil. 40. num. 42.* Joannes Igneus *in d. §. non alias. parte 4. num. 34.* ubi expresse in terminis regalium id ex communi Doctorum sententia tradit. Eo vero justior & præstantior est hic titulus, quod cumprimis quoad G. privilegiis etiam Episcoporum O. concessa sit & confirmata libertas, sive exemptio ab onere decimas ex R. Salinis solvendi, idque ita factum sit, ut intervenerit etiam approbatio, & confirmatio illorum, qui interesse viderentur habere, & quorum authoritate opus esset, ut Capituli R. quippe rerum Ecclesiasticarum hereditarii domini: præter quod Capitulum accesserunt quoque Innocentii Papæ, & Rodolphi Regis Romanorum seu Cæsaris ab annis trecentis plenissimæ confirmationes superiorum privilegiorum, donationum, alienationum, possessionum in omnibus, quæ juste acquisivissent, aut in posterum acquisituri essent in specie & in genere. Unde latissime eæ confirmationes sunt accipi-

42 endæ, cum etiam alias † confirmatio privilegii intelligi debeat de omnibus in eo contentis, etiamsi specialis requiratur mentio, ut eleganter consulendo notat Ludovic. Gozadin. *post alios à se citatos in consil. 8. num 29.* Atque hoc quidem eo magis hic locum habet, quod dictis confirmationibus adjecta sit, quoad Regem Romanorum sive Cæsarem, clausula, ex plenitudine potestatis, quoad Papam autem clausula, ex authoritate Apostolica. Clausula † autem, 43
de plenitudine potestatis, summam vim habet, ita ut ejus vigore Imperator vel Rex etiam à communi jure discedere possit, Petr. Duen. *regul. 43. fallent. 5.* Sebast. Medices *in tractat. de legibus & statutis, quæst. 18.* nec desunt ex interpretibus, qui tenent, per eam clausulam † etiam ju- 44
ri tertii derogari, secundum ea, quæ tradit Nicolaus Arelat. in sua additione ad Alciat. *in tractat. præsumpt. regul. 3. præsumpt. 11. num. 1.* Alexand. *in consil. 101. num. 16. volum. 1.* Dec. *consil. 198. pro tenui facultate. num. 2.* Cacher. *decis. 102. num. 7.* Non minorem † autem vim habet dicta clausula, ex 45
Apostolica authoritate, Gloss. *in c. novit. in versic. jurisdictionem. de judic.*

Quare licet decimarum, quas ex operibus salinariis R. sibi deberi modernus Episcopus contendit, speciatim in dictis privilegiis nulla fiat mentio, tamen existimamus revera, & de his decimis in iis agi, exemptionemque ab onere solvendi eas concedi. Quod quidem, ut contra ea, quæ supra inter opposita deducta sunt, eo planius & manifestius fiat, paulo latius per sequentia fundamenta idipsum confirmabimus. Et primum certum est, in privilegiis iis fieri speciatim disertis verbis mentionem R. Salinariorum operum, sive Salinarum. Atque ideo perinde omnino est, ac si de ipsis decimis ex iis Salinis solvendis in specie & nominatim loquerentur, & libertatem non solvendi concederent. Nam verba † in pleniori & potiori sensu acci- 46
pienda sunt, *l. legatum. ff. de legat. 3. l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal.* Roland. à Valle *in consil. 37. num. 7. tom. 3.* Zas. *in l. 3. § ex contrario. num. 30. ff. de acquirend. possessio.* Idem *in consil. 12. num 47. lib. 1.* ubi ait, hanc esse receptissimam juris doctrinam. Deinde eo magis dicendum est, per Salinaria opera & Salinas libertatem etiam & exemptionem ab onere decimarum intelligi debere, quod per eam interpretationem ad jus primævum, quod hujusmodi onera non agnoscit, redeatur. Nam interpretatio † latissima fieri debet, cum ad jus 47
primævum per eam revertimur. Ita tradit Abbas *in c. cum dilectus. num. 6. de consuetud.* Dec. *in c. causam quæ. num. 5. de rescript.* Socin. senior *in consil. 38. colum. 3. versic. sexto & ultimo. lib. 1.* Est enim † favorabilis is actus, per quem ad jus an- 48
tiquum reditur, & à novo receditur, *c. ab exordio 35. distinct.* ubi glossa ait, nemini † injuriam 49
fieri, cum res ad antiquum statum reducitur. Est etiam notabilis glossa *in l. si unus. § pactus ne peteret.* & ibi Jason *num. 6. ff. de pact.* Ludovic. Gozadin. *consil. 9. num. 31.* Dec. *in c. ad nostram. colum. 3. versic. non obstat. de appellat.* Unde tali casu in iis etiam, quæ stricti sunt juris & correctoria, extensio fit, Curtius *in consil. 1. num. 22. consil. 5. num. 29. consil. 9. num. 4. & consil. 102. num. 5.* Didac. Covarr. *variarum resolut. lib. 3. cap. 4. in fin.* Atque hoc quidem procedit etiam, quoad tertii præjudicium, Grammat. *in decis. 106. num 3.* Bartol. & Doctores *in c. si constante. ff. solut. matrimo.* Idem consulendo notat Cravett. *in consil. 135. num. 38.* & Ludovic. Gozadin. *in consil. 1. num. 39.* ubi hanc sententiam communiter esse approbatam testatur. Præterea cum longissimo tempore, atque adeo aliquot ab hinc seculis nullæ sint ex Sali-

nis R. solutæ decimæ, tanti temporis consuetu-
do optima est interpres, verba de iis salinis pró-
lata, etiam de ipsis decimis, earumq; remissione
esse accipienda, cum præsertim ex sola etiam ob-
50 servantia † decem annorũ, vel temporis ad præ-
scriptionem, aut consuetudinem non sufficien-
tis, interpretatio ac declaratio recte sumatur.
Dec. *consil.* 517. *nu.* 7. Castrens. *consil.* 347. *nu.* 4. *lib.* 1.
Alb. *consil.* 62. *num.* 9. & temporis immemorialis
observantia vel consuetudo tanto magis pro o-
ptima interprete habenda sit, quòd tale tempus
per se privilegii, pacti expressi similiumq; con-
ventionum vim habeat, ut supra est ostensum.
51 Privilegium † etiam quodlibet prima fronte i-
dem continens quod jus, ita debet intelligi, ut a-
liquid addat juri communi, Felin. *in c.* 1. *nu.* 4. *de re-
script.* ubi dicit, idem ab omnibus aliis Doctor. i-
bidem tradi per text. *in c. in his. de privileg in c. pasto-
ralis. de appellat. & in l.* 1. *in fin. ff. ad municip.* Idem te-
net Bald. *in auth. habita. in* 4. *notab. C. ne filius pro pa-
tre.* Atqui de jure communi ad privatos spectant
salinæ aliæq; fodinæ, quas in suis fundis inveni-
unt, & sic etiam ad G. ut & ad consortes perti-
nuerunt salinæ R. ut adhuc pertinent, secundum
ea, quæ supra sunt in secundo opposito deducta.
Proinde necesse est, ita interpretatio hoc casu
fiat, ut aliquid addatur; quod ita fiet, si dicamus,
siq; decimæ Episcopis O. olim competierunt,
eas remissas, ut eo magis verba de salinariis ope-
ribus in dictis privilegiis prolata, cum effectu ac-
cipiantur, cum indubitati juris sit, in omni actu
52 ita † debere interpretationem fieri, ut verba a-
liquid operentur, & ne superflua sint, *l. item ve-
niunt. § aptanda. ff. de petit. heredit. l. sed etsi possessori.
§. sed etsi rerum. ff de jurejur.* Jas. *in l. hoc edictum. § hæc
autem verba. ff. quod quisq; jur.* Menoch. *in consil.* 63.
num. 3. Zas. *in consil.* 12. *num.* 23. *lib.* 2. Accedit his,
quod salinaria opera ac similes reditus conce-
dantur eo jure ac libertate, quo ante concessio-
nem censebantur, & sicut ea opera & reditus an-
te illud tempus possidebantur ab G. ut cum pri-
mis ex privilegio Episcopi N. & Episcopi A. item
ex supradictis antiquissimis confirmationibus &
concessionibus, Rodolphi Regis Romanorum
& Innocentii Papæ apparet. Nunc autem nul-
lum tempus demonstrari potest, quando non o-
pera ista salinaria liberrima, & ab omni onere ex-
empta G. & consortes possedissent, nisi quod
quinos istos denarios de coctura & alias certa-
rum particularum incidentes tertias, de quibus
in privilegio D. mentio fit, pensitarint. Itaq; tali
conditione & jure donata illis & concessa ista o-
pera & donationes privilegiaq; confirmata cer-
53 tum est. In † omni etiam actu ea interpretatio
amplectenda, qua efficitur, ut quis minus obli-
getur, *argum. l. si quid venditor. in fin. ff. de ædilit. edict.
l. si peculium. § sicut autem. ff. de pecul.* Paris. *consil.* 96.
num. 22. *lib.* 3. Cravet. *consil.* 35. *num.* 33. Menoch. *in
consil.* 34. *num* 52. *& consil.* 56. *num.* 37. Ita autem
hoc casu minus censebuntur obligati G. & con-
sortes, si non ad decimas integras, sed tantum ad
quinos istos denarios, & alias certarum particu-
larum incidentes tertias, de quibus supra di-
ctum est, solvendas teneri dicantur. Deniq; di-
54 ctio, † Libere, magnam vim habet, & in o-
mni concessione plenum jus concessum esse si-
gnificat, *l. fideicommissa. §. quanquam. ff. de legat.* 3.
Bart. *in l. alio. num.* 9. *ff. de aliment. & cibar. legat.* Ru-
in. *in consil.* 219. *in hoc dubio. num.* 3. *lib.* 1. Menoch. *in
consil.* 10. *num.* 10. ubi addit, libere † aliquem pos- 55
sidere rem, cum nulla ex parte ad aliquid præ-
standum tenetur: id quod consulendo etiam do-
cent Curt. jun. *in consil.* 2. *nu.* 3. & Ruin. *in consil.* 18.
primo & principaliter. num. 6. *& consil.* 84. *quoniam
abunde. num.* 9. *lib.* 1. ubi ait, præcise † libertatem 56
per verbum, libere, significari. Iam vero in su-
pradicto privilegio Episcopi A. expresse ita lo-
quitur, ut G. libere & pacifice velit præter alia
bona, de quibus in eo privilegio fit mentio, &
R. salinaria opera possidere: & adduntur illa ver-
ba, pleno jure; ideoq; eo minus dubium est, ple-
num jus & præcisam libertatem, quoad decimas,
concessam esse, nec quicquam præter quinos i-
stos denarios de coctura, & alias certarum parti-
cularum incidentes tertias deberi. Quibus ac-
cedit, quod in privilegio à S. Episcopo dato hæc
reperiantur verba: Donamus, tradimus, & re-
linquimus una cum area & domo nostra salinari,
& quicquid eidem domui attinet, cum omni ju-
ris, possessionis, proprietatis & utilitatis plenitu-
dine & integritate pacifice in perpetuũ possiden-
dum, & pro sua voluntate libere disponendũ, &c.
In quibus verbis non solũ dictio, libere, sed & a-
liæ, quibus plenissime libertas ab omni onere si-
gnificatur, dilucide exprimuntur. Eadem vero
ratione & in permutationis cum Episcopo N.
contractæ literis, quoad duas areas ad opera ista
salinaria deputatas, hæc proferuntur verba, assi-
gnavimus liberrimas, & ab omni jure civili ex-
emptas, &c. Quibus verbis summa libertas &
exemptio ab oneribus, quæ ullo jure civili debe-
ri possent, denotatur. Ex quibus omnibus planũ
fit, ita privilegia ista & confirmationes, quas G.
habent, intelligẽdas esse, ut censeantur ab onere
decimarũ, quoad R. salinas exempti; quã exem-
ptionem etiam ad consortes eorũ pertinere con-
vincitur ex Episcopi N. priori privilegio, in quo
hæc extant verba: Opera salinaria, quæ vulgari-
ter dicuntur Soltwerck/ dilectis nobis, Abbati &
conventui monasterii in G. viris religiosis, ac aliis
monasteriis seu personis quibuscunq; singulari-
ter attinentia, infra oppidũ nostrum R. sita, eodẽ
jure & libertate, quibus hactenus censebantur,
censeri volumus per præsentes, &c. Eodem per-
tinent & verba privilegii, ab Episcopo D. dati.

Cum itaq; hæc ita se habeant, æquissimũ pro-
fecto & juris rationi maxime consentaneũ est, ne
G. & eorũ consortes decimarũ onere per Episco-
pum O. graventur; cum præsertim privilegia ista
maxima ex parte sint antiquissima, & is in ipsa in-
auguratione juraverit, si non corporaliter, atta-
men pari quadam promissione, nullius se jura,
quæ quidem quęsita habeat, ullo modo velle im-
minuere & lædere.

Eo autẽ minus decimas istas exigere ex salinis
R. potest, quod ea exactio quædam novi vectiga-
lis institutio sit. Nam decimę, † quæ ex fodinis & 57
mineris percipiuntur, nihil aliud sunt, quam ve-
ctigal quoddam, *l. inter publica. in fin. & ibi gloss. ff. de
verb. sign. & l.* 1. *in princ. ff. quod cuiusq; univers.* Atq; i-
ta eleganter notat Ægid. Boss. *in tract. causar. crimi.
tit. de metall. & argentifod. nu.* 3. *& tit. de vectigal. nu.* 3.
ubi

ubi in terminis noſtris loquitur, & ait, lucrum
58 etiam, † quod percipit fiſcus ex ſale, vectigal ap-
pellari; atque ibidem alias authoritates pro hac
ſententia adducit. Proinde vetus vectigal auge-
retur, & novum inſtitueretur, ſi præter iſtos
quinque denarios, & alias certarum particula-
rum incidentes tertias, decimas etiam ſolverent.
59 Nova † autem vectigalia & gravamina imponi
ſecundum notam regulam juris non poſſunt, *to-
to tit. C. nova vectigal. impon. non poſſ. l. licitatio. §. ea-
rum. ff. de public. & vectig. c. innovamus. de cenſib. & ex-
act.* Lucas de Penna *in l. contra. num. 12. & ſeq. C. de
re milit.* Paul. Pariſ. *in conſil. 69. poteſt concedi. num. 9.
lib. 1.* Mynſing. *in obſer. 29 cent. 5.* Ex quibus autho-
60 ritatibus illud liquet, † cumprimis id locum ha-
bere in iis, qui ſuperiorem recognoſcunt, cuiuſ-
modi eſt Epiſcopus O. qui etiam eo minus no-
vum vectigal, ratione Salinarum R. exigere po-
teſt, quod nulla evidens appareat publica neceſ-
ſitas aut utilitas, quæ id urgeat, ut ejuſmodi no-
vitas inducatur, ſecundum ea, quæ eleganter no-
tat Weſenbec. *in conſil. 45. num. 45. verſic. cum ejuſ-
modi novitates.* Atque hæc quidem omnia, cum
ita ſe habeant, non jam obſtant ea oppoſita, quæ
ſupra ſunt adducta. Nam quod ad primum & ſe-
cundum oppoſitum attinet, ex his ipſis oppoſitis
abunde apparet, ſolas ſalinas publicas eſſe refe-
rendas inter regalia, non autem eas, quæ in pri-
vatis fundis reperiuntur, cujuſmodi ſunt R. & li-
cet decimæ hujuſmodi Salinarum annumeren-
tur regalibus, cenſeanturq; principi deberi, ta-
men hoc multis nominibus nequaquam hic at-
tendendum eſt, nec aliquid pro fundanda inten-
tione Epiſcopi O. operatur, ſecundum ea, quod
in confirmatoriis fundamentis late ſunt deducta.

Nihilo magis adverſatur tertium oppoſitum,
quod ſcilicet ea, quæ meræ facultatis ſunt, præ-
ſcriptionem non niſi à tempore prohibitionis
admittant. Nam non agitur hic de decimis, ut re
ad regalia ſpectante acquirendis, ſed potius de
exemptione & liberatione ab onere ſolvendi
eas. Deinde, nec regalia quidem in iis, qui ſupe-
riorem recognoſcunt (ut eſt Epiſcopus O.) inter
eas res, quæ meræ ſunt facultatis, referri poſſunt;
61 cum meræ † facultatis res, quæ præſcribi poſſe
negantur, proprie eſſe dicuntur, quando ex me-
ra, libera, & pura voluntate, non autem ratione
quæſiti alicujus juris habentur, ſecundum ea,
quæ poſt alios à ſe adductos pulchre notat Anto.
Gabriel. *in communib. opin. lib. 5. tit. de præſcript. concl.*
62 *10. nu. 9. & 10.* Regalia † vero ſuperiorem reco-
gnoſcentis non ex mera, libera, & pura volunta-
te & arbitrio ejus, ſed potius ex jure per privile-
gium, conſuetudinem, pręſcriptionem, aut ſimi-
li ratione quæſito dependere, notiſſimum eſt.
Unde ut maxime hic de regalibus præſcriptione
acquirendis ageretur, tamen non obſtaret hoc
tertium oppoſitum. Præterea non pauci ſunt,
63 qui † ea etiam, quæ meræ facultatis ſunt, pręſcri-
bi poſſe ſimpliciter tenent, ut Bald. Angel. Ra-
phael, Aret. Corneus, Abb. & alii, quos enume-
rat Philip. Porcius *lib. 3. concluſionum, regula & con-
cluſ. 33.* & Gabriel. *in commun. opin. lib. 5. tit. de præ-
ſcript. concluſ. 10.* Inprimis autem immemoriali
tempore tolli tradunt Joan. Andr. *in c. pervenit. de
cenſib.* Bart. *in l. cum de in rem verſo. de uſur.* Felin. *in c.
cum M. Ferrar. de conſtitut.* Fr. Balbus *in tractat. præ-
ſcript. quarta parte quintæ partis principalis, quæſt. 1.* Li-
mitatur etiam † ſententia eorum, qui negant o- 64
mnino, præſcribi poſſe ea, quæ meræ ſunt facul-
tatis, eo caſu, quo in favorem piæ cauſæ quid prę-
ſtatur, Abb. *in c. ſuam nobis. de Simonia.* Apoſtilla ad
Abbat. *in c. bonæ. de poſtul. prælat.* Gabriel. *d. concluſ.
10. limit. 5.* Quin autem remiſſio illa decimarum
& libertas, de qua hic agitur, quoad G. aliaq; mo-
naſteria & Eccleſiaſticas perſonas ad favorem pię
cauſæ tendat & ſpectet, dubitari non poteſt. De-
niq; in ſpecie de ipſis regalibus ſupra abunde o-
ſtenſum eſt, ea præſcriptione, maxime imme-
morialis temporis acquiri poſſe, ideoq; etiamſi
& publici juris ea eſſe dixerimus, nihil id obſtabit
conſulentibus, quo minus præſcribi poſſe cen-
ſeantur.

Quod autem ad quartum oppoſitum, & illud
multis nominibus plane ficulneum eſt. Nam pri-
mum cum Epiſcopus obtendat, ſe regalia ab Im-
peratore impetraſſe, & eorum reſpectu decimas
exigat, contendens eas inter regalia referri, per-
peram eaſdem decimas, ut Eccleſiaſticas petit, &
præſcribi potuiſſe negat. Simul enim hæc conſi-
ſtere non poſſunt, Decimas & ut regale, hoc eſt,
ut rem ſecularem, & ut rem ſpiritualem Eccle-
ſiaſticamq; poſtulare. Deinde fac hic tantum de
decimis Eccleſiaſticis agi, tamen vel eo nomine
jus illud, quo negantur, ea præſcribi poſſe, hic lo-
cum habere non poſſet, quod jam de exemptio-
ne & libertate contra onus decimarum agamus,
& hujuſmodi † libertas ac exemptio pręſcriptio- 65
ne & conſuetudine acquiratur, ut multis de-
monſtrat Didac. Covar. *variar. reſolut. lib. 1. cap. 17.
num. 8. 9. & 10.* ubi cumprimis id in Eccleſiaſticis
perſonis, † ut ſcilicet ita exemptionem & liber- 66
tatem acquirant, locum habere tradit, eoq; facit,
quod dici ſolet, Eccleſiam † contra Eccleſiam 67
decimas præſcribere poſſe, *c. ad apoſtolicæ. & c. cum
contingat. & c. cum in tua. de decimis, 17. quæſt. 1.* Plane
ea ſententia de præſcribenda, vel per conſuetu-
dinem acquirenda exemptione ab onere deci-
marum, indiſtincte, hoc eſt non ſolum in Eccle-
ſiaſticis, ſed & in ſecularibus perſonis eo magis
procedit, quod in iis terminis, quibus aliquot
abhinc ſeculis, & ſic multiplicato immemorialis
temporis ſpacio decimę ſolutæ non ſunt, hoc ca-
ſu verſemur, & multi ſint juris interpretes, qui
indiſtincte tenent, ſimplici etiam immemoriali
tempore, centum ſcilicet annis decimas præſcri-
bi, ita ut videatur præſcribens eas habuiſſe ante
conciliũ Lateranenſe. Ex his enim Doctoribus
ſunt Alex. *in conſil. 6. viſo themate. nu. 4. verſic. pro quo
adduco. nu. 5. lib. 1.* Ludovic. Gozad. *in conſil. 7. nu. 18.*
Nicol. de Mil. *in ſuo aureo repertor. in verb. decima ſi
tanto.* Marian. Socin. jun. *in conſil. 115. nu. 38. vol. 2.* i-
tem Joan. Andr. Anton. de Butr. Petr. de Anchar.
Paul. Caſtrenſ. Claudius Seyſſellus, Joan. de Imo-
la, & alii citati ab Ant. Gabriel. *in commun. opin. lib.
5. tit. de præſcript. concluſ. 1. nu. 22.* ubi ſimul oſtendit,
hanc ſententiam communẽ eſſe. Limitatur quo-
que opinio eorũ, qui exiſtimant, decimas † nullo 68
unquam tempore præſcribi, eo caſu, quo de prę-
ſcriptione quotæ, ſive partis alicujus decimarum
agitur, *c. commiſſum c. cum ſint. & c. in aliquibus de de-
cim.* per quos text. id notat Petr. Rebuff. *in ſuo ele-*

*ganti & docto tractatu de decimis, quæst.13.num.*57. & Paul.Parisi.*in conf.*25.*nu.*21.*lib.*4. Idem rradit Guid. Pap. *in decis.*284.*in fin.* Didac.Covar.*d.c.*17.*num.*8. Fr.Balb.1.*parte quinta principalis partis,quæst.*7.*nu.*7. Panorm. *in c.in quibusdam. de decim.* Baptist.Villalupus *in commu.opin.in verb.præscriptio.*qui de communi opinione, quoad hanc limitationem testatur & refert Guid. Papa *in d. decis.* 284. *in fin.* Secundum hanc restrictionem & limitationem supradictæ negativę sententiæ in Parlamento Gratianopolitano in mulris & diversis causis iudicatum esse, seq; id vidisse. Similirer restatur Petr. Rebuff *in d quæst.*13.*nu.*57. aliquando in amplissimo Senatu Parisiensi eandem restrictionem arresto comprobatam esse, & pro Domino de Merle'o judicatum, quod non teneretur, nisi ad solvendam solam decimarum duodecimam, ultra quam & ipse & prædecessores ejus nihil exsolverant.

Æque nihil obstat quintum oppositum: nam
69 non pauci sunt, qui † de immemorialis temporis præscriptione tenent, in ea bonam fidem non esse necessariam, Boer.*in decis.*39.*nu.*6.*in fin.versic. ideo dicit Salicetus* Bald.*in consil.*352.*versic.imo nec de bona fide.vol.*1. Chassan. *in consil.*34.*nu.*7. Dec. *in l. traditionibus.nu* 12. *C.de pact. & in consil.*496.*nu.*7. quos & alios plures idem tenentes adducit Anton Gabriel *in d conclus.*1 *nu.*55. præter quem & Wesenbec. *in consil.*4. *nu.*86. testatur, multos ex Doctor. esse in hac sententia. Id quod asserit etiam Ludolph.Schrader.inter consilia Francofur. *consil.*34 *nu* 78 *tom.*1. Quæ sententia eo magis hic videtur esse attendenda, quod non simplex, sed multiplicatum immemoriale tempus G & consortes pro se habeant. Præterea de nulla mala fide in proposita facti specie, certi juris est, eum,
70 qui † possidet rem aliquam cum titulo vero vel putativo sive præsumpto, bonæ fidei possessorem præsumi, *l.penult. C.de evict.* Bart. *in l.Celsus.ff. de usucap.* Gloss. Innoc. Abb. & Felin. *c. si diligenti. extr. de præscript.* Ludolph. Schrad. inter consilia Francofurt. *d.consil.*34. *num.*80. *tom* 1. ubi plures autoritates pro hac sententia adducit. Et est hoc
71 usque adeo † verum, ut procedat, etiamsi titulus putativus sive præsumptus errore injusto causatus fuerit. Bart. *in l igitur. §.potest. ff.de liberal. caus.*
72 Certum † enim est, bonam fidem etiam ex causis injustis & temerariis causari posse, Paul.Castren. *in l.Celsus ff de usucap.* Matth.de Afflict.*decis.*40.Jason.*in l.si id quod.nu* 35.*ff de jurisdict.* Alciat.*in reg.*3. *præsumpt.*5.*nu.*4. Wesenb.*in consil.*4.*nu.*83. Bald.*in l.*1.*C ubi causæ status* quem allegat & sequitur Ludolph.Schrader *in d.consil.*34.*nu* 81. Hoc casu autem saltem putativum & præsumptum titulum contra Episcopum obtendi posse, non habet ullam dubitationem, cum præsertim verus etiam titulus propter varia documenta non immerito
73 allegari possit. Accedit his, quod de eo, † qui ultra triginta annos in possessione vel quasi fuit, certi juris sit, vel solius hujus temporis ratione eum bonæ fidei possessorem præsumi, Bart. *in l. fin.circa fin C unde vi.* Jas.*in §.sed istæ.nu.*100. *Instit.de actio.* Imol. *in c.*2.*extr.de restit in integr.* Rol.à Valle post alios à se adductos *in consil.*3.*nu.*94.*lib.*1. Dec. *in consil.*267.*nu.*5. ubi dicit, tali tempore purgari malam fidem, de qua prius constabat, Roman.*in consil.*107.*in princ.* Ludolph. Schrad. *in d.consil.*34. *nu.*79. Atq; hæc quidem eo veriora sunt, quod
ipsa bona † fides in dubio semper dicatur præsu- 74
mi, gl.& Bart.*in l.non ex eo.C.de evict per l emptor.C. de præscript.long temp.*gl.& Innoc.*in c.si diligenti versic.bona fides.de præscript.* Alex.*in conf.*200.*viso & discusso.nu* 4.*lib.*2. Quare frustra hic in dubium vocatur, an mala fides obstet G.& consortibus, quo minus præscriptio subsistat, cum præsertim im-
memorialis † temporis possessionem pro se ha- 75
beant, contra quam difficilime ulla mala fides, ullumve vitiũ probari posse dicitur, Paris. *in conf.* 26.*nu.* 21. *& conf.*101.*nu.*113 *lib.*1. Didac.Covar. *in c. possessor.part.*2.*§.*8.*num.*3.*de regul.jur.in* 6.Cravet.*in tract.de antiq tempo. part.*4.*§.materia. nu.*19. quas aliasq; autoritates pro hac sententia adducit & sequitur Wesenbec. *in d.consil.*4.*nu.*86.

Sextum oppositum vel ex eo corruit, quod in eo adductæ autoritates juris de supremo Principe, cujusmodi est Imperator vel Rex, loquantur, item eo casu, quo de plenitudine potestatis cassatio præscriptionis fit, locum habeant. Episcopus enim O. ejusmodi princeps non est, sed ipsum Imperatorem superiorem recognoscit, ideoque nec de plenitudine potestatis aliquid ab eo fieri potest. Cui accedit, quod hic in iis etiam terminis simus, in quibus non solum immemorialis temporis præscriptio sit, sed & illud agatur, ut libertas contra onus decimarũ acquiratur, & sic ad jus primævum & naturale, quod hujusmodi onera nõ agnoscit, ideoq; maxime favorabile est, re-
deatur, & princeps † etiam supremus de plenitu 76
dine potestatis cõrra ea, quæ juris naturalis sunt, venire non possit, ut pulchre notat Rol. à Valle *in consil.*1.*nu.*27.*&* 28.*lib.*2.Paris.*in conf* 1.*nu.*87.*&*
*conf.*11.*nu* 125.*vol.*1. Quia licet † positiva lege non 77
videatur obligari, certum tamen est dictamine rationis naturalis nõ esse solutum, nec à lege naturæ, quia est animal rationale, ut ait Bald.*in l.si aqua.vers.*18.*C de servit.& aq.*quem citat & sequitur Rol.à Valle *in d.consil.*1.*nu.*27.

Ad septimi & octavi oppositi refutationẽ abunde faciunt, quæ supra inter confirmatoria argumenta *in §.eo vero justior.*usq; *ad §.eo autem minus decimas.* late deducta sunt. Quibus accedit optimo jure negare posse consulentes, hic de concessione regalium agi: illud enim solum contendunt, sibi per privilegia eorumq; confirmationes, quas habent, concessum & indultum esse, ut non decimas tanquam regalia acquirerent in alieno fundo, vel ex alienis salinis, sed potius ut onere solvendi decimas ex suis salinis liberarentur. Addi etiam potest illud in specie contra dictum octavum oppositum (in quo agitur de conditione & qualitate personarum, in quas regalia conferri possunt) ut maxime decimæ tanquam res ad regalia spectans ex alienis salinis concessæ consulentibus essent, tamen quod propter suarum personarum qualitatem non forent earum capaces, nec hujusmodi regalibus honorari possent, vel ideo objici nullo modo posse, quod salinæ & quælibet fodinæ, nec nõn decimæ, quæ inde debentur, ex minoribus sint & minus præjudicialibus regalibus (ut supra demonstratum est) ideoque Baronibus & dominis adeoque privatis etiam negotiatoribus & civibus sæpe concedantur,

tur,

tur, ac in feudum dentur, ut testatur Wesenbec.
in consil. 45 num. 26.

Nonum & decimum oppositum corruunt ex
responsione illa, qua negatur hic de regalibus
per privilegia, donationes, aut similem modum
in G. & consortes collatis, ac de sola libertate &
exemptione ab onere decimas ex suis salinis sol-
vendi concessa agi affirmatur. Præterea ea pri-
vilegia & concessiones, quas consulentes ab E-
piscopis O. habent à Rudolpho Romanorum
Rege sive Imperatore de plenitudine potestatis,
& ab Innocentio Papa authoritate Apostolica
sunt plenissime confirmatæ, unde perinde est,
ac si ipsæ concessiones essent ab Imperatore ac
Papa factæ. Atque hinc etiam corruit dictum
nonum oppositum. Ex urgenti autem causa
concessiones istas & confirmationes esse factas,
bona ex parte ex verbis earum convincitur, &
78 de jure præsumitur. Nam quilibet † actus ob
urgentem & necessariam causam præsumitur fa-
ctus. Cravett. *in consil.* 106. *num.* 8. Bald. *consil.* 35.
pater filio. colum. 2. *lib.* 2. Menoch. *in consil.* 81. *num.*
56. Atque hoc quidem eo magis hic proce-
dit, quod eæ concessiones & confirmationes an-
79 tiquissimæ sint, & † vel solo cursu triginta an-
norum omnia legitime acta esse, præsumantur
etiam in iis casibus, in quibus de gravi præjudicio
alterius agitur. Alexand. & Jas. *in l. qui in aliena. in
princip. ff. de acquirend. heredit.* Alexand. *in consil.* 17.
num 8. *lib.* 4. Felin. *in cap. illud. num.* 6. *de præsumpt.
& in cap. Albericus. num.* 4. *de testibus.* Dec. *in consil.*
80 135. *in princip.* item quoad ejus † etiam præju-
dicium, cum quo actus non est gestus. Alexand.
in consil. 129. *colum* 3. *lib.* 7. Philippus Corneus *in
consilio* 181. *colum.* 6. *lib.* 6. Jason *consil.* 54. *colum.*
5. *libro* 1. Quare frustra respiceretur hic se-
cundum ea, quæ in dicto decimo opposito di-
cta sunt, in aliquam urgentem vel legitimam
causam etiamsi hic de regalibus concessis age-
retur.

Nihilo magis undecimum oppositum adver-
satur, quo objicitur, principem posse etiam si-
ne causa revocare privilegium, à se subdito suo
concessum, secundum jura ibi citata. Nam ut
taceatur, ipsum Episcopum modernum ea pri-
vilegia non dedisse, eaque jura loqui proprie
de principe supremo, & superiorem non reco-
gnoscente, illud certum est, ea privilegia non
simpliciter, sed per modum contractus hoc ver-
bo, donamus, aliisque verbis esse data. Atqui
81 per modum † contractus concessa revocari non
possunt à summo etiam principe, *l. quod semel.* u-
bi Bartol. *C. de decret. ab ordin. faciend.* Cynus, Bar-
tol. & Paul. Castrens. *in l. digna vox. C. de legib.* I-
dem Cyn. Bartol. Bald. Salicet. & Joan. Igneus *in
l. donationes, quas divus. C. de donat. inter virum & u-
xor.* Imol. *in c.* 1. *versic. & per prædicta patet. de consti-
tut.* Paul. Paris. *in consil* 11. *num.* 47. *& num* 54. *&
seq. volum.* 1. Barbat. *in c. novit. num.* 177. *de judic.* Ja-
cob. de S. Georg. *in verb. princeps.* Roland. à Valle
consil. 26. *num.* 19. *lib.* 2. Anton. Gabriel. *post mul-
tos alios à se allegatos in communibus opinionibus tit. de
jur. quæsito. conclus.* 5. *num.* 1. Ipse enim Impera-
82 tor † etiam æque atque alius quisquam ex pa-
ctis & conventionibus obligatur, *d. l. donationes
quas divus. C. de donat. inter vir. & uxor. c.* 1. *ubi Docto-
res communiter, de probat. c.* 1. *ubi Bald. de nat. feud.* At-
que hinc est, quod † super regalibus etiam con- 83
cessione per contractum facta, ad servandum
eum teneri dicatur, ut notat Anton. Gabriel. *in
d. conclus.* 5. *num* 3. Eadem ratione † ne quidem ex 84
lucrativa causa factum contractum revocare po-
test sine causa. Dec. *in c.* 1. *versic. postremo non omitto.
de probat.* Bald. & Alvar. *in d. cap.* 1. *de natur. feud.* Lu-
dovic. Roman. *in consil.* 298. *versic. cum nedum Im-
perator.* Abb. *in consil.* 3. *vers. præterea dico. vol.* 2. An-
ton. Gabriel. *in d. conclus.* 5. *nu.* 28. ubi plures alios
autoritates pro hac sententia adducit. Sic † feu 85
dum etiamsi dicatur gratiosa concessio, sine cau-
sa justa per principem revocari non potest. Tex-
tus est *in d. c.* 1 *de natur. feud. & in c.* 1 *de feud. sine culp.
non amitt.* Jas. *in l. si pecuniam. versic. per ista infero ff.
de condict. caus. dat.* Dec. *in consil.* 400. *num.* 11. *&* 12.
Paris. *in d. consil.* 11. *num.* 48. *volum.* 1. late Anton.
Gabriel. *in d. conclus.* 5. *num.* 33. Abb. *in cap. quæ in
Ecclesiarum. in fin. versic. & ex hoc soleo dicere. de con-
stitut.*

Non facit etiam negotium duodecimum &
postremum oppositum, quod scilicet regalia
non possint concedi in præjudicium successo-
rum, si præsertim non hereditario jure, sed ut in
dignitate succedunt, ideoq; ii privilegium, quo
regalia ab antecessoribus in aliquem collata
sunt, revocare possunt, sive id privilegium per
contractum, sive alio modo fuerit datum. Felin.
in c. 1. *num* 5 *versic. quarto declara. de probat. cum simil.
supra adductis.* Nam ut maxime hic de regalibus
ageretur, tamen ratione decimarum non posset
dici, quod de aliis tractetur, quam de regalibus
rerum particularium. Atqui † supra adductum 86
jus regulare limitatur tali casu, quo agitur de re-
galibus rerum particularium vel locorum, non
autem de regalibus ipsius status principalis. Ita
eleganter consulendo notat Joan. Cephal. *in con-
sil.* 154. *in causa Illustrissimi. num.* 11. *lib.* 2. ubi allegat
pro hac sententia etiam Jasonem *in consil.* 10. *co-
lum fin. versic. non obstat ultimo. lib.* 3. & addit quoti-
die evenire, ut Principes, Reges, ac Duces cer-
tas res particulares, ac certa loca cum suis regali-
bus particularibus in feudum alicui dent. Ean-
dem sententiam amplectitur. Anton. Gabriel.
in d. conclus. 5. *num.* 9. Similiter fallit dictum † jus 87
regulare eo casu, quo regalium concessio non
induceret notabilem & magnam principatus di-
minutionem. Nam & tali casu non posset pri-
vilegium sive concessio per successionem revo-
cari. Ita tenent Carol. Ruin. *in consil.* 91. *num.* 3.
lib. 1. Joan. Ceph. *in d. consil.* 154. *in causa Illustrissi-
mi. num.* 10. Ægid. Boss. *in tractat. causar. criminal. tit.
de regal. num.* 32. Dec. *in c.* 1. *versic. similiter & ibidem.*
Felin. *versic. tertio declara. de probat.* Anton. Gabriel.
in d. conclus. 5. *nu.* 8. Stephan. Bertrand. *in consil.* 42.
num. 1. *lib.* 1. In proposita autem facti specie non
agitur de magna aliqua diminutione principatus
vel potius Episcopatus O. cum præsertim Salinæ
sint de minoribus, & minus præjudicialibus re-
galibus, & in hoc postremo opposito nihil am-
plius in quæstionem venit, quam an decimæ, vel
potius exemptio ab earū onere ita concessa sit, ut
ab hujus temporis Episcopo O. tanq̃ successore
revocari ea concessio possit. Atq; ita satis supera-
que refutata sunt supra adducta omnia opposita,

manetque vera conclusio suprapposita, nimirum Episcopo O. decimas Salinatum R. non deberi, recteq; eas per Consulentes ei denegari.

RESOLUTIO SECUNDÆ QUÆSTIONIS.

SEQUITUR nunc, ut ad secundam quæstionem respondeatur, qua in dubium vocatur, an Consulentes teneantur documenta proferre & docere de titulo. Est autem & circa hanc quæstionem cumprimis ponderandum, consulentes esse in possessione, vel quasi libertatis & exemptionis ab onere solvendi decimas, quæ nunc ab Episcopo O. exiguntur, eamq; possessionem immemorialis temporis esse, adeo ut eas ab annis plus quadringentis non solverint. Jam
88 vero expediti juris est, possessorem † non teneri ad editionem tituli sui. Textus est *in l. cogi. C. de heredit. petit. l. extat decretum. ff. de jur. fisc. l. 2. C. de probationib.* ubi Imperator ait, possessiones, quas ad te pertinere dicis, more judiciorum persequere: non enim possessori incumbit necessitas probandi, eas ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remaneat. Accedunt his textus *in l. fin. C. de rei vindicat. & aliæ leges, quas citat gloss. in d. l. cogi.*

Ex quibus manifestum fit eos, qui in possessione vel quasi sunt, ad editionem tituli sui sive documentorum, quibus titulum suum docere possunt, nequaquam compelli posse. Atq; hinc
89 est, quod ne quidem † subditus à domino castri ad edendum titulum possessionis suæ, quam in eo castro habet, cogi posse dicatur. Matth. de Afflict. *in c. 1. num. 25. de controvers. inter masc. & fæm.* Anton. de Butr. *in c. dilectus. de offic. ordinar.* quos adducit & sequitur Ludolph. Schrader. *inter consil. Francofor. consil. 34 num. 23. tom. 1.* Quinimo nec
90 princeps † quidem aliquem ad titulum sive jura, quæ in castris suis habet, exhibenda cogere potest. Ita tenet Bartol. *in l. 1. C. de procurat. & con-*
91 *duct. præd. fisc. lib. 11.* ubi ait, si Rex † faciat citare suum Baronem, ut ostendat jura, quæ habet in castris, quæ possidet, talem citationem ipso jure esse nullam. Eandem sententiam amplectuntur ibidem Joannes de Platea & Andreas de Barulo, item Jas. *in l. 12. num. 176. C. de jur. emphyt.* ubi dicit, hanc doctrinam perpetuo & valde notandam esse. Idem Jason *in §. omnium. num. 102. Instit. de actionib.* Præposit. *in c. 1. §. vasallus feudum. si de feud. defunct. fuerit controvers.* Joannes Igneus *in repetit. l. necessarios. §. non altas. part. 2. num. 179. & 181. ff. ad Syllanian.* Sequuntur etiam hanc doctrinam consulendo Decius *in consil. 61. pro tenui facultate. num. 1.* Roland. à Valle *in consil. 66. Illustrissime princeps. numero 20. & 21. lib. 3.* Ludolph. Schrader. *in d. consil. 34. num. 31.* Eo autem mi-
92 nus † tenentur, qui in possessione vel quasi sunt, titulum dicere ac demonstrare, si diu possederunt. Bald. *in l. sive possidetis. colum. 1. versic. & istud est verum. C. de probationib. & in d. l. cogi. & in l. post mortem. C. de adopt.* Angel. *in l. qui in aliena. §. sed si adieris. ff. de acquirend. heredit.* Archidiac. *de consecrat. distinct. 1. cap. nemo.* quos & alios plures pro hac sententia citat & sequitur Bertrachin. *in suo repertor. in versic. possessor cum titulo. num. 12.*

Atque hoc quidem adeo verum est, ut clericus, † licet alias titulum beneficii, quod se nomine Ecclesiæ possidere dicit, edere cogatur, 93 *c. ordinarii. de offic. ordin. in 6.* Bald. *in l. 2. colum. 2. versic. sed nunquid. C. quomodo & quando judex sentent. profer. deb. & in d. l. sive possidetis. versic. quarto oppono.* tamen ad eam editionem † & demonstra- 94 tionem non teneatur, si diu illud beneficium possedit, ut notat Bartholom. Socin. *in tractat. regular. & fallentiar. in regul. 125. incip. Titulum suæ possessionis. versic. tertio fallit.* ubi adducit etiam Joannem Andr. *in cap. illud. de præsumpt.* & Bald. *in d. l. sive possidetis.* Idem tenet Jas. *in l. qui in aliena. num. 38. ff. de acquirend. heredit.* & addit ibidem per eum textum hanc sententiam amplecti Baldum, Angelum, Imolam, Raphaelem Cumanum & Alexandrum. In eadem sententia est Nicol. Boer. *in decis. 313. num. 3.* ubi adjicit, & dominos de Rota eam approbasse. Idem consulendo sentit Ludolph. Schrader. *d. consil. 34. num. 41.* ubi plures alias authoritates adducit. Eadem ratione de emphyteuta, † qui alias ad editionem instru- 95 menti emphyteusis domino teneretur, non obscuri juris est, quod tale instrumentum † exhi- 96 bere, ac sic titulum suæ possessionis docere non cogatur, si quadraginta annos emphyteutica bona possedit, ut post Angelum, Jasonem, Abbatem, & Speculatorem à se adductos consulendo tradit Ludolph. Schrader. *in dicto consil. 34. numero 40.* Ex quibus omnibus planum fit, ob diutinam vel longissimi temporis possessionem adeo possidentes onere edendi titulum vel documenta, quibus titulus continetur, liberari, ut iis etiam casibus, quibus alias ad hujusmodi editionem tenerentur, compelli ad eam non possint. Multo minus itaque possessores ii ad ullam tituli & documentorum suorum editionem teneantur, qui plus quam longissimo adeoque immemoriali tempore possederint, argumento scilicet comparationis majorum & minorum. Hujusmodi autem possessores sunt G. & consortes, ut supra dictum est.

Sed & cum tanquam rei conventi sint, vel hoc solo nomine jura & instrumenta sua edere non coguntur. Nam cum nemo † initium pro- 97 bationis suæ è domo rei sumere debeat, *l. de numero. §. tormenta. ff. de quæstionib.* nec † originem 98 petitionis ex instrumentis ejus, qui convenitur, fundari oporteat, *l. 1. & l. final. C. de edend.* indubitati & expressi juris est, reum † non teneri ad 99 exhibendum actori instrumenta sua, eumq; instructiorem reddendum, *dicta l. final.* ubi Bald. Salicet. Alexand. Riminald. Dec. Joan. Bologn. & communiter alii Doctores, *l. qui accusare. C. de edend. l. nimis grave. C. de testib. & cap. 1. de probat.* atque hoc non solum in juris, sed & ipsius æquitatis ratione fundatum esse rescribit, Imper. Anton. *in dicta l. qui accusare.* & Alexand. *in dicta l. finali.*

Præterea vel eo ipso abunde editus & demonstratus est titulus per consulentes; quod constet eos immemoriali tempore in possessione vel quasi fuisse. Nam hujusmodi temporis possessio eam vim habet, ut possessorem titulum habere inde constet, ut supra in resolutione primæ quæstionis ostensum est. Atque hoc quidem adeo verum est, ut non solum nulla † pro- 100 batione,

bationе, sed & ne quidem allegatione aliqua tituli sit opus, quemadmodum consulendo tradunt Ludovic. Gozadin. *in consil.* 8. *in hac causa. num.* 37. Sigismund. Loffred. *in consil.* 40. *in præsenti causa. num.* 38. Barbat. *in consil.* 35. *versic. quinimo plus. volum* 2. & Alexand. post alios à se citatos *in consil.* 6. *viso themate. num.* 2. *versic. & neutro casu.* Idem tenent Hostiens. *in summ. de consuetud.* §. *fin. circa penult. colum.* Guid. Pap. *in quæst.* 408. *in fine.* Francisc. Balb. *secunda parte tertiæ partis principalis, quæst.* 6. *num.* 28. Paul. de Castr. & Jas. *in l. si certis annis. C. de pact.* Anton. Gabriel. *late in commun. opin. lib.* 5. *tit. de præscript. conclus.* 1. *num.* 47. Atque hæc quidem cum ita se habeant, consulentes ad documenta sua proferenda, & titulum per eorum editionem docendum non tenentur.

Sed ut eo veriorem hanc conclusionem esse appareat, tria, quæ iis maxime obstare videntur, & in quibus, si non omnibus certe ex parte Episcopus procul dubio se fundat, dum editionem documentorum urget, refutabuntur, priusquam ad sequentis quæstionis resolutionem transeamus. Est autem primum, quod re-
101 gula † ea, qua actori reus instrumenta & jura sua edere non tenetur, fallat in fisco, cui etiam actori existenti ea à reo exhibenda sunt, *l.* 2. §. *prius. ff. de jur. fisc. l. nec quisquam. ff. de edend.* ubi id etiam tenet Jason, atque eandem sententiam amplectuntur Alexand. multique alii Doctores, *in dicta l. final. C. de edend.* Ægid. Boss. *in tractat. causarum criminal. tit. de fisc. & ejus privileg. num.* 11. Scip. Januarius *in tractat. regularum & fallentiarum, regul.* 267. *in princip.* Donat. à Fin. *in suo conclusionum & regularum Enchirid. in verb. editio. versicul. reus tenetur fisco.*

102 Secundum est, quod regalia † possidens cogi possit, ad ostendendum titulum ac privilegium, ex quo ea consecutus est Matth. de Afflict. *in cap.* 1. §. *illud. num.* 37. *de prohibit. feud. alienat. per Frideric.* Lucas de Penna *in l. quicunque. colum.* 2. *C. de fund. limitroph. libr.* 11. Refert & sequitur Roland. à Valle *in consil.* 89. *etsi apud legum. numero* 24. *libro* 2. Decimæ autem, ex salinis in privato etiam fundo repertis, sunt de regalibus, ut in primæ quæstionis resolutione dictum est.

Tertium & postremum est, quod consulentes ob regalia, quæ Episcopus ab Imperatore per investituram impetravit, præsumptionem
103 contra se habeant, & possessor † præsumptionem contra se habens demonstrare titulum possessionis suæ teneatur. Gloss. Bald. & Doctores *in l. sive possidetis. C. de probat.* Roland à Valle *in dicto consil.* 89. *etsi apud legum. num.* 23. Abb. *in c. constitutus. num.* 4. *de elect.* Matth de Afflict. *in cap.* 1. *in princ. num.* 94. *de controvers. investit.*

Verum nullum horum, quæ ita videntur objici posse, tanti momenti est, ut non firma & vera maneat supra posita conclusio, idque ex iis, quæ sequuntur, planum fiet. Nam quod ad primum attinet, quo fisco etiam actori edenda esse à reis jura dictum est, responderi potest, pri-
104 mo Episcopi O. fiscum † proprie talem non esse, ad quem pertineant privilegia in legibus Cæsareis fisco concessa, sed hunc potius esse populi Romani, & ejus, qui in hujus locum successit, Imperatoris scilicet, secundum ea, quæ notat Ægidius Bossius *in dicto tit. de fisc. & privileg. ejus. num.* 1. 2. 3. 4. & Alciat. *in l. inter publica. in verb. fiscus.* Quin & in specie post quosdam alios à se adductos de Episcopo notat Ægidius Boss. *in dicto tit. de fisc. & privileg. ejus. num.* 8. quod fiscum non habere censeatur. Deinde eam limitationem, qua in fisco receditur à regula, quod actori reus non teneatur exhibere jura & instrumenta sua, non esse veram, nec confirmari textu, *in d. l. nec quisquam. ff. de edend. & in d. l.* 1. §. *Divus. ff. de jur. fisc.* accurate & docte demonstrat Joannes Bolognet. *in dicta l. final. num.* 17. *C. de edend.* ubi refutat textum *in d. l. nec quisquam. & in d.* §. *Divus.* adducitq; alios varios textus, ex quibus contrarium verius esse appareat. Accedit, quod ex Bart. Joan. de Platea, Andr. de Barulo *in l.* 1. *C. de procurat. & conduct. præd. fisc. lib.* 11. & ex aliis Doctoribus supra ostensum est, nec principem quidem compellere posse aliquem ad exhibenda jura & documenta, quæ in castris suis habet, & si id per citationem aliquam fiat, eam ipso jure esse nullam. Quod confirmatur ipso textu *in d. l.* 1. ubi traditur, in principis & fiscalibus causis æque, ac in causis privatorum id servandum esse, & refert Roland à Valle *in dicto consil.* 66. *Illustrissime princeps. num.* 22. *lib.* 3. Andream de Barulo dicta l. 1. dicere, quod in facto viderit per eam legem cassari & annullari quandam citationem, & processum factum per curiam Illustrissimi Domini Manfredi, qui citari fecerat quendam nobilem suum ad ostendendum, quo jure teneret quædam castra, quæ dicebantur ad curiam pertinere. Fuit enim pronunciatum, quod ipsa citatio & processus fuerit ipso jure nullus, quod factus esset, nullo juris ordine servato, qui in causis principum servandus est. Præterea ii, qui præsumptionem † juris pro se habent, ad edi- 105
tionem tituli ac documentorum suorum iis etiam casibus non tenentur, quibus alias ad eam compelli possent, ut de reis eleganter notat Ludolph. Schrader. *in consilio* 34. *numero* 35. *versicul. sequitur, quod sicut.* Habent autem G. & consortes fortissimam & maximam præsumptionem pro se ob possessionem non solum longi & longissimi, sed & immemorialis temporis annorum quadringentorum. Atque hoc quidem eo verius est, quod simplex † etiam immemo- 106
riale tempus centum annorum tantam præsumptionem parere censeatur, ut ea dicatur juris & de jure, quæ probationem contrariam non admittit. Ita consulendo tenet Ludovicus Gozadin. *in consil.* 8. *in hac causa. num.* 37. Marian. Socinus junior *in consilio* 115. *numero* 38. *& seq. volum.* 2. Chassan. *in consilio* 34. *numero* 2. Sequitur hanc sententiam etiam Felin. *in cap à nobis. num.* 7. *de præscriptionib.* & Antonius de Butrio *in cap. pervenit. versicul. ad tertium. de censib.* Atque in specie de sola diutina ac longissimi temporis possessione, ob eam quis iis etiam casibus ad tituli editionem non teneatur, quibus alias ad eam cogi posset, ut in confirmatoriis fundamentis supra abunde est demonstratum. Unde eo minus hic ista limitatio, de instrumentis fisco edendis, locum habere potest. Limitatio etiam illa, quæ in privilegio

vilegio fisci fundata est, cumprimis contra G. & alia monasteria, à quibus decimæ Salinarum R. exiguntur, vel hoc nomine non habet lo-
107 cum, quod privilegiatus † contra privilegiatum non uti possit privilegio. §. *sed hoc præsenti. auth. de sanctiss. Episcop.* Dec. *in consil.* 221. *num.* 6. Menoch.
108 *in consil.* 52. *num.* 41. & Ecclesiæ, † monasteria, hospitalia, & similia, pro favorabilibus & privilegiatis causis & personis habentur, *l. final. C. de sacrosanct. Eccles.* gloss. & Panormit. *in c. auditis. de in integr. restitut.* Late Nicolaus Everhard. *in loc. legal. à fisco ad Eccles. vel piam caus.* ubi speciatim quoad fiscum ostendit, eum & istas alias causas personasq; æquiparari. Atque hinc Doctores, qui sentiunt, fisco actori à reo documenta edenda esse eodem privilegio istas causas & personas gaudere tradunt, ut videre est apud Alexand. & alios multos Doctores *in d. l. final. C. de edend.* item apud Anton. de Butr. & Felin. *in cap. 1. de probat.* & Nicol. Everhard. *supra allegat loco. leg. num.* 8. Denique ex iis, quæ supra in prima quæstione inter decidendi rationes deducta sunt, abunde liquet, propter immemorialis temporis possessionem satis hic constare de titulo Consulentium, ideoque Episcopum ne quidem ratione fisci sui ulteriorem tituli jam demonstrati editionem postulare posse. Et sic multis nominibus nihil obstat hoc primum oppositum.

Secundum oppositum æque ficulneum est. Nam merito negabunt Consulentes, se decimas ullas ut regalia possidere, cum sint in possessione, vel quasi libertatis, sive exemptionis ab onere solvendi decimas ex suis privatis Salinis, neque hæc eorum intentio sit, ut ex alienis Salinis ullas decimas percipiant. Præterea ut maxime de regalibus hic ageretur, ac consulentes se aliquid, quod de regalibus sit, possidere faterentur, tamen hoc oppositum, vel ob ea, quæ in refutatione primi oppositi, in tertia, quarta, & sexta responsione supra dicta sunt, corrueret, nec ulla ratione subsisteret, Consulentibusq; adversaretur.

Quod autem ad tertium & postremum oppositum attinet, quo præsumptio, quæ ex investitura regalium ab Imperatore nuper acquisita oritur, Consulentibus objicitur, &c. respon-
109 demus nudam † investituram, quæ abusiva dicitur, vasallum, qui possessionem non habet, possessorem non facere, *c. 1. de nova forma fidel. c. 1.*
110 *de consuet. rect. feud.* Neque vero ullæ † investituræ investitis in præjudicium tertii aliquid tribuunt, sed semper intelligi debent, salvo jure tertii, etiamsi ea clausula expresse non sit adjecta, Henning. Göden *in consil.* 13. *feudum quidam. nu.* 28. late Dec. *in consil.* 468. *superiore. num.* 26. Schurff. *in consil.* 32. *casus. num.* 13. *cent.* 3. Wesenbec. *in consil.* 15. *num.* 31. *& consil.* 21. *num.* 53. Quare cum ratione perceptionis decimarum ex Salinis R. Episcopus nullam possessionem, vel quasi tempore investituræ habuerit (ut nec antecessores habuerunt) & ea investitura ita accipienda sit, ut G. & consortibus tanquam tertiis nulla ratione præjudicet, nulla inde potest contra eos oriri præsumptio, cum præsertim necdum constet, qua ratione Episcopo regalia ab Imperatore sint per investituram concessa.

Sed & licet ex ea Imperatoria concessione regalium aliqua præsumptio contra G. & consortes nasci posset, tamen ea hic attendenda non esset, cum pro iis ratione possessionis vel quasi libertatis non solvendi decimas, & temporis antiquissimi, quo in ea possessione vel quasi fuerunt, militet specialis, & longe fortior præsumptio, quæ nimirum, ut supra ostensum est, dicitur juris & de jure, nec probationem contrariam admittit. Nam specialis † præsumptio ge- 111
nerali derogat, eamque tollit. Bartol. *in l. cum de indebito. 1. in princ. ff. de probat.* Cravett. *in consil.* 258. *num.* 21. Wesenbec. *in consil.* 4. *numero* 68. facit, quod in toto † jure generi per speciem deroge- 112
tur, *l. in toto. ff. de regul. jur.* Similiter quacunque alia † fortiori præsumptione minus firma tolli- 113
tur, *l. Divus. ff. de restitut. in integr.* Wesenbec. *in d. consil.* 4. *num.* 68. & Cravet. *in consil.* 8 *num.* 9. ubi eleganter addit, eam † etiam fortiorem cense- 114
ri præsumptionem, quæ pro reo est. Ideoque hoc nomine quoq; consulentes fortiorem præsumptionem pro se habere recte dicentur, quod tanquam rei conventi sint, eoque minus supra dicta præsumptio, quæ pro Episcopo facere videtur, hic attenda est, & id operari potest, ut ii sua documenta proferre, & per ea de titulo docere teneantur.

RESOLUTIO TERTIÆ QUÆSTIONIS.

Restat tertia quæstio, an si consulentes proferre sua instrumenta, & per ea de titulo docere recusent, liceat Episcopo propter impetrationem regalium sine causæ cognitione possessionem apprehendere? Hæc quæstio exiguam difficultatem habet. Nam † possessione 115
sua vel quasi nemo decedere cogitur ante causæ cognitionem, & quidem plenam, *l.* 1. *C. si per vim l. vlt. C de rei vindicat. c. conquerente.* ubi Panormit. *de restitut spoliat.* Alexand. ad Bart. *in l. 1. num.* 10. *C. quorum bon.* Bald. *in l. 2. num.* 33. *C. si contra jus.*
Neque refert, † injustam quis possessionem vel 116
justam habeat, adeo ut ne simplici quidem turbatione impediri quis possit in sua possessione vel quasi quantumvis injusta. Textus est elegans *in l. 2. ff. uti possid.* ubi Paulus inquit, justa an injusta possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. Quibus verbis etiam inter recentem & antiquam possessionem non distinguitur, & sic in recenti etiam possessione omnis turbatio, & maxime spoliatio prohibetur. Quare hæc cumprimis in antiquissima possessione (qualem consulentes habent) vel quasi procedunt, secundum ea, quæ consulendo notat Wesenbec. *in consil.* 9. *num.* 33.

Adeo autem verum est, neminem † pro- 117
pria authoritate possessionem, quam alius habet, occupare posse, ut ne quidem † victrix 118
pars post sententiam, quam obtinuit, id facere possit, sed competentem judicem hoc nomine adire debeat, & suo jure privetur, qui contra faciat, *l. meminerint. ubi Bartolus & Doctores, C. unde vi.* Neque vero propterea Episcopo O. propria authoritate possessionem apprehendere,

dere, & contrahentibus in possessionis suæ exercitio libero impedimento esse potest, quod Imperii princeps sit. Nam & superiorem recogno-
19 scit, & expediti juris est, ne quidem ipsum † supremum principem posse ab executione incipe-
20 re, & per suum rescriptum † alicui possessionem suam auferre, eumq; quo minus libere & tranquille ea fruatur impedire, *d.l.meminerint. & d. cap. conquerente.* Wesenbec. *in consil. 9. num.* 30. Doctores *in l. unic. C. de probib. seq. pec.* Zas. *in l. juste. ff. de acquir. possess. num. 15. & in fin.* ubi elegans pro confirmatione hujus sententiæ refert exemplum his verbis: Quidam nobilis obtinuit à principe Maximiliano superioribus annis optimum, insigne & egregium rescriptum, quod posset occupare feudum aliquod, sed irritum fuit hoc rescriptum, & Pares curiæ contra eum nobilem decreverunt.

Denique eo minus Episcopus potestatem de jure habet apprehendendi possessionem propria authoritate, & Consulentes, quo minus pacifice & libere ea utantur impediendi, quod ipsa privilegia ab antecessoribus ejus concessa, ac tum à Rodolpho Rege Romanorum, tum etiam ab Innocentio Papa confirmata hoc ipsum habeant, quod videlicet consulentes relinqui in quieta & libera possessione debeant. Nam contra hæc privilegia & confirmationes eorum venire Episcopum non posse, supra in resolutione primæ quæstionis abunde demonstratum est.

Concludendum ergo est, non posse Episcopum propter impetrationem regalium nulla præcedente causæ cognitione legitima apprehendere possessionem, sperandumq; eum re altius perpensa nihil tale moliturum. Quod si vero ulterius minatus fuerit, ratione hujus apprehensionis, vel aliquid facto tentaverit, Consulentes varia juris remedia adversus eum habebunt, ex quibus pro qualitate facti adhibito consilio advocatorum deligere poterunt, quod utilissimum & commodissimum fuerit.

Regnerus Sixtinus Jureconsultus.

CONSILIUM X.

Quod est

REGNERI SIXTINI Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *A verborum propria significatione non temere est discedendum.*

2 *Verba vere & naturaliter, non autem civiliter, & fictione quadam interveniente accipi debent.*

3 *Vicariorum appellatione non comprehenduntur lectores.*

4 *Vicarii & lectores communi usu loquendi diversis nominibus distinguuntur.*

5 *Verba hominis petiti & intelligentis proprie accipienda sunt.*

6 *Interpretatio in quolibet actu est facienda, ut à juris communis terminis quam minime recedatur.*

7 *Cum verbum generalem & specialem significationem jure communi vel alio habet, specialis semper significatio præfertur.*

8 *Verba semper ad simplicem casum, non ad mixtum per interpretationem sunt referenda.*

9 *Vicarii proprie loquendo à lectoribus non solum nomine & officio sunt distincti, sed & ipso gradu sive ordine.*

10 *Præcedentia declarantur per sequentia.*

11 *Interpretationem in omni actu fieri oportet, ut quoad ejus fieri potest, evitetur contrarietas.*

12 *Verba ita interpretanda sunt, ne inde perplexitas quædam oriatur.*

13 *Verba in dubio in potiori & digniori sensu sunt accipienda.*

14 *Conjunctim si duo vel plura concurrant, fortius operantur quam unum.*

15 *Præsentatus à digniori præferendus est.*

16 *Episcopo permissum est, variantibus illis, qui præsentant, ex præsentatis unum deligere, eumq; solum instituere, & præsentationem illius confirmare.*

17 *Episcopus de juris rigore variantibus præsentantium sententiis plane extraneum non præsentatum instituere potest.*

18 *Præsentatio facta ab eo, qui bona fide in quasi possessione præsentandi est, valet, & præsentatus non est removendus, sed præfertur alteri, qui à vero domino præsentatus est, & num. 22.*

19 *Possessor bonæ fidei fructus suos facit.*

20 *Patronatus juris fructus sunt ipsæ præsentationes.*

21 *Legitime natus censetur, qui ex iis progenitus est, quos in quasi possessione matrimonii esse constat.*

23 *In patronatus juris quasi possessione constituitur quis per unicam præsentationem, quæ institutione secuta effectum sortita est.*

24 *Bona fides in dubio semper præsumitur.*

25 *Possessor bonæ fidei cumprimis is præsumitur, qui in possessione vel quasi alicujus rei est cum titulo vero vel putativo, etiamsi is titulus putativus causatus sit ex errore injusto, & num. 26.*

27 *Bona fides etiam ex injustis & temerariis causis causari posse censetur.*

28 *Tempus immemoriale vitium tollit, verumq; titulum parit, idemq; operatur quod constitutum, item lex, privilegium, atq; concessio Imperatoria legitime impetrata.*

29 *Tempus immemoriale tantum potest, quantum Imperator cum causa.*

30 *Qui ultra triginta annos in possessione vel quasi fuit, vel solius hujus temporis ratione bonæ fidei possessor præsumitur, etiamsi nulla alia adminicula habeat.*

31 *Conjunctim ubi duo vel plura requiruntur, non sufficit unum existere.*

32 *Exceptio stabilit regulam in casibus non exceptis, & inclusio unius, est alterius exclusio.*

33 *Exorbitantia, & quibus à jure communi receditur, stricte sunt accipienda, nec ulterius jus mutatum censetur, quam quatenus id expresse cautum est.*

34 Inter-

34 *Interpretatio verborum aliter fieri non debet, quam habita ratione ejus, ad quod is, qui ea protulit, respexit.*

35 *Verba generalia ad supervenientia de novo non sunt producenda.*

36 *Verba præsentis temporis non includunt & complectuntur futura, nisi id diserte adjectum fuerit.*

37 *Verba in dubio semper ad solum præsens tempus, & ad ea, quæ illo tempore extitissent, non autem quæ postea evenissent, referuntur.*

38 *Interpretatio ea ut favorabilis prævalere debet, qua rem ad antiquum & primævum statum reducimus, & ab illo quam minime deflectimus.*

39 *Nemini injuria fieri censetur, cum res ad antiquum statum reducitur.*

40 *Interpretatio qua à novo deflectendo ad pristinum statum revertimur, etiam in præjudicium tertii ex communi Doctorum sententia subsistere censetur, cum res ad antiquum statum reducitur.*

41 *Verba in qualibet dispositione & actu intelligenda sunt secundum ordinarium & legitimum cursum, nec ad id, quod extraordinario modo & jure introductum est, porrigi debent.*

42 *Correctoria non sunt protrahenda ad alia, quæ nominatim & disertis verbis non sunt expressa, sed potius stricta interpretatione contrahenda, ut quam minime deflectatur ab eo, quod antiquitus obtinuit.*

43 *In correctoriis ex communi Doctorum sententia nequidem ex majoritate rationis extensio fieri potest.*

44 *Separatorum separata est ratio, nec in iis ab uno ad aliud infertur.*

45 *Collatio beneficii præsentati efficit, ut implorato officio judicis, & vel ostensis tantum collati beneficii literis, qui nactus est collationem, in possessionem mittendus sit.*

46 *Remedium quod ei, qui collationem beneficii nactus est, competit ad instar beneficii, l. fin. C. de edict. D. Adria. toll. proditum est.*

DUo sunt Cathedralis Ecclesiæ C. Dormitoria, quorum unum vetus, alterum novum appellatur. Ad hæc pertinent omnes ac singuli vicarii lectoresq;, qui prope prædictam Ecclesiam resident. Et hi inde singulis septimanis habent sua manualia Chori, & annuatim suas portiones. Nec tamen ex his ipsis vicariis & lectoribus, licet sui beneficii possessionem à Capitulo adepti sint, ad ea Dormitoria admittuntur ulli, nisi eorum, ad quæ pertinent, clavem redemerint, domuiq; sese speciali juramento obstrinxerint. Archiepiscopus vero C. K. anno 1418. vicariam ad altare Sancti Philippi & Jacobi pertinentem in dicta Ecclesia Cathedrali fundavit, atq; extitit eo tempore unicum tantum Dormitorium illius Ecclesiæ, quod adhuc hodie vetus Dormitorium vocatur. Is Archiepiscopus in fundatione prædictæ vicariæ inter alia statuit, ut quoties ea vicaria vacaret, per seniorem vicarium gradu Dormitorii ibidem residentem, & portiones percipientem idonea persona Archiepiscopo pro tempore existenti præsentaretur, qui eam vicariam rursus conferendi facultatem haberet, prout latius ex copia fundationis lit. A. signata apparet. Accidit vero, ut Bernhardus T. quondam officialis Curiæ C. ex speciali mandato D. ad senioris vicarii præsentationem antea factam in veteri Dormitorio B. vicariam cuidam nomine Joanni D. anno 1154. contulerit, ut patet ex copia lit. B. notata, & cum hic ante paucas septimanas in gravem morbum incidisset, eam vicariam in favorem suæ sororis filii G. pridie ejus diei, quo obiit, resignavit, post quam resignationem primum senior inter lectores antiqui Dormitorii Joannes ab E. dictum G. Archiepiscopo præsentavit, & ut ei vicaria eadem conferretur, petiit, ex ea causa, quod gradu esset senior inter personas habentes manualia, & ante omnes clavem domus redemisset. Postquam vero altero die à facta resignatione dictus D. ex hac vita discessit, & sic vicaria illa vacavit, senior vicariorum antiqui Dormitorii Joannes T. Archiepiscopo præsentavit F. Tertio etiam Conradus à W. novi Dormitorii ætate senior Archiepiscopo præsentavit T. & rogavit, ut statim investiretur.

Primus ex his patronis sive præsentatoribus in eo se fundat, quod etiamsi fungatur, lectoris officio, tamen pertineat in vicariorum Dormitorium, & una cum vicariis habeat suas portiones, & particeps sit ex communi phrasi nominis vicarii, cum præsertim cum aliis tribus lectoribus ejusdem Dormitorii æque ac vicarii manualia chori habeat. Addit etiam se inter eos, qui clavem Dormitorii redemerint, gradu seniorem, ac jam antea concordata aliquorum bonorum nomine inter vicarios & lectores prædicti Dormitorii facta esse, in quibus convenerit, lectores vicariis pares habendos esse. Secundus Joannes T. in eo juris præsentandi præsidium ponit, quod inter omnes antiqui Dormitorii vicarios, apud quos antiquitus repositæ & conservatæ fuerunt usque in præsentem diem literæ fundationis sæpe nominati beneficii sit primus, & etiamsi prædictus Joannes ab E. ante ipsum domus clavem redemerit, & portiones perceperit, tamen novem vel decem annis ante hunc possessionem suæ vicariæ habuerit, ideoque in gradu prior & potior eo esse debeat. Præterea asserit inter vicarios & lectores non modo secundum canones, sed & receptam in Ecclesia C. consuetudinem discrimen magnum esse, & ex literis collationis planum fieri lecturam ipsorum vicariam non esse, additque vocabulum generale vicariorum, omnes clericos non comprehendere, & licet ex communi loquendi usu illud apud laicos fieret, tamen aliud esse, quando Archiepiscopus, ut qui præsumatur unumquemque suo proprio nomine appellare in literis fundationum verbo vicariorum utitur, & differentiam etiam deprehendi ex copiis lit. C. & D. signatis: per prædicta quoque concordata multo magis conformari differentiam inter lectores & vicarios, nec posse ea ulterius extendi, quam ad ea, quorum in specie in iis mentio fit, & esse se tanquam seniorem vicarium in gradu in quasi possessione juris præsentandi, cum literis præsentationis prædicti D. nunc defuncti probetur, à seniore vicariorum antiqui Dormi-

Dormitorii in gradu & non lectorum præsentationem factam, & Archiepiscopi nomine collationem secutam esse. Tertius Conradus à W. obtendit, etiamsi detur, quod supradicti duo, vel eorum alteruter in Dormitorio antiquo senior sit, tamen se esse ætate seniorem, & fortassis etiam gradu, secundum tempus adeptæ possessionis sui beneficii, nec in fundatione Dormitoriorum, veteris scilicet & novi discrimen constitui. Quibus addit vicarium Philippi & Jacobi, quando residet, non pertinere ad antiquum, sed novum Dormitorium, atque ex novo habere manualia chori & portiones suas: fuisse etiam antea ratione alterius vicariæ Fabiani & Sebastiani, quæ & in eadem Capella, in qua beneficium Philippi & Jacobi fundatum est, sita sit, à senioribus vicariis tam veteris, quam novi Dormitorii conjunctim personam aliquam præsentatam, quæ similiter quoad portiones & manualia in novum Dormitorium pertineat. Postquam vero Archiepiscopus C. prædictas tres præsentationes legit, contulit beneficium Philippi & Jacobi prædicto F. per Joannem T. præsentato.

Nunc quæritur, an facta præsentatio per Joannem T. & subsecuta collatio per Archiepiscopum C. in jure defendi possit, nec ne? non obstantibus aliis duabus præsentationibus per Joannem ab E. & Conradum à W. factis.

Responsuro mihi ad hanc juris quæstionem, primo quidem obtutu speciosa videbantur, quæ supra in proposita facti specie pro comprobatione duarum præsentationum à Joanne ab E. & Conrado à W. factarum adducta sunt, sed penitius rem intuenti, & circumstantias singulas paulo accuratius expendenti, è diverso ea, quæ faciunt pro præsentatione per Joannem T. facta, tantum ponderis habere visa sunt, ut non possim non asserere, hanc præsentationem optimo jure niti, & reliquis duabus anteponendam, ideoque ipsam etiam collationem à reverendissimo Domino Archiepiscopo legitime factam esse, nec infringi posse. Atque hoc quidem revera ita se habere, ex iis, quæ inferius rem in utramque partem excutiendo adducentur, planum fiet. Nam ut primum de præsentatione per Joannem ab E. ut seniorem inter lectores facta agamus, & eam F. nihil obstare o-

1 stendamus, expediti juris est, † à propria significatione verborum non esse temere discedendum, *l. non aliter. in princip. ff de legat. 3. l. 1. §. si quis*

2 *qui navem. ff. de exercitor. action.* & verba † vere & naturaliter, non autem civiliter & fictione quadam interveniente accipi debere, *l. fideicommissum. ff. de condit. & demonstrat. l. final. C. de his qui veniam ætat. impetr.* Joannes Baptist. *in l. omnes populi. num. 236. ff. de justit. & jur.* Andreas Barbat. *in l. cum acutissimi. num. 109. C. de fideicommiss.* Joannes Crot. *in l. 1. num. 44. ff. solut. matrimonio. & in l. Gallus. §. & quid si tantum. num. 157. ff. de liber. & posthum.* Grat. *in consil. 67. num. 12. lib. 2.*

Jam vero extra omnem est controversiam, proprie, vere, naturaliter, & remota omni fi-

3 ctione loquendo, vicariorum † appellatione non comprehendi lectores, qui & nomine, & aliis modis ab illis distincti sunt. Atque ideo fundario in præsentationibus, de quibus in proposita facti specie agitur, ad vicarios, quorum expressa mentio fit, potius restringi, quam ad lectores, de quibus ne verbum quidem unum exprimitur, produci debet, idque eo verius est, quod ne communi quidem usu aliud hoc tempore receptum sit, quam quod vicarii † & le- 4

ctores, diversis distinctis nominibus nuncupentur, nec hi illorum appellatione comprehendi soleant, idque etiam ex diversis documentis mihi exhibitis litera B. & C. notatis, quorum in facti specie mentio fit, non obscure liquet. Et posset etiam idipsum, si res ita postularet tum aliis scripturis, tum testimoniis doceri.

Atque etiamsi vulgus hominum ac laici ita loquerentur, ut appellatione vicariorum lectores complecterentur, tamen in proposita facti specie proprie accipienda essent verba fundationis, nec secundum vulgi sermonem interpretatio fieri posset, siquidem verba fundationis non ab aliquo ex promiscua multitudine ac imperito laico, sed ab eo, qui tunc temporis, quo fundatio facta est, Archiepiscopus extitit C. prolata sunt. Et sane de quolibet etiam alio homine intelligente & perito, nec in vulgi numero existente, certi juris est, quod cumprimis ejusmodi † hominis verba proprie 5

accipienda sint, ut post alios à se adductos notat Roland. à Valle *in consil. 33. quod Marcus. num. 22. lib. 3.* & Cravet. *ad Rubric. ff. de legat. 1. num. 3.* ubi pro hac sententia allegat etiam Bartolum *in l. omnes populi. in tertia quæstione sexta quæstionis principalis. ff. de justit. & jur.* & Curt. juniorem *in consil. 5. colum. 5.* Constat etiam in quolibet actu, † eam 6

interpretationem fieri debere, quæ juri communi sit consona, & per quam ab ejus terminis, quam minime recedatur, *l. quæro. §. inter locatorem. ff. locati. l. quidam cum filium. ff. de verbor. obligationib.* Joan. Crot. *in consil. 200. numer. 43. lib. 1.* Ludovic. Gozadin. *consil. 74. num. 9. & consil. 59. num. 20.* Hieron. Grat. *consil. 16. num. 43. & consil. 26. num. 23. lib. 1.* Menoch. *de arbitr judic. quæst. casu 199. num. 9. & consil. 82. num. 30.* Cum itaque jure communi cautum sit, ut distinguantur lectores à vicariis, nec horum significatione contineantur, merito & in fundatione hoc nostro casu ita stricte fieri oportet interpretationem, ut ab huiusmodi jure quam minime deflectatur.

Atque hæc quidem eo magis in proposita facti specie sibi locum vendicant, quod iis etiam casibus, † quibus vox aliqua speciatim & gene- 7

ratim communi vel alio jure accipitur, specialis significatio semper præferatur, *l. si in rem. §. 1. ff. de rei vindicat. l. hoc legatum ff. de legat. 3.* Sebast. Sapia *in l. 1. num. 41. ff. de offic. ejus. cui mandat.* Gaspar. Valasc. *in l. imperium. num. 37. ff. de jurisdict.* Ludovic. Alvarus *ad Rubric. ff. de legat. 1. num. 84 & 127.* & ibidem Petr. Crispus *num. 55.* Cravet. *num. 144.* Quibus adstipulantur Hieronymus Butigella *ad Rubric. ff. si certum petat. num. 21.* & Ludovic. Go- 8

mes. *ibid. num. 9.* item Hieronymus Gratus *in consil. 74. num. 45. & consil. 108. num. 20. volum. 2.* Ex quo conficitur, etiamsi daremus communi jure vel consuetudine, vicarios generali significa-

tione à lectoribus non separati, sed hoc etiam illorum appellatione contineri, tamen in dubiis terminis generalem significationem posthabendam speciali, & vicarios à lectoribus distinguendos esse. Quod quidem & illa juris
8 Theorica urget, quod semper † verba ad simplicem non ad mixtum casum sint per interpretationem referenda, *l. 2. ff. de adopt. & d. l. hoc legatum. ff. de legat. 3.* Quos textus pro ea Theorica allegat Joannes Cephal. *in consil. 323. difficilis sane. num. 52. lib. 3.* & suffragatur, quod verba non de difformi, sed uniformi actu intelligenda esse dicatur, *l. jam hoc jure. ff. de vulgar. & pupill. substitut.* Benedict. Capra *in consil. 110. num. 9.* Anchar. *in consil. 291. super pluribus articulis. colum. 4.* quem citat & sequitur Craver. *consil. 9. num. 27.* Erit autem simplex casus & uniformis, non mixtus vel difformis actus, de quo nunc agitur, si fundationem eo sensu interpretemur, ut dicamus, eam non mixtim, & simul de vicariis & lectoribus, sed simpliciter & uniformiter de solis vicariis loqui.

Quæ cum ita sint, frustra contendit Joannes ab E. lectores vicariorum appellatione contineri, ideoque se, etiamsi unus ex lectoribus existat, tamen hoc nomine, quod primus clavem antiqui Dormitorii redemerit, & sic inter eos, qui manualia consequuntur, senior sit, non solum lectoribus, sed & vicariis omnibus in præsentatione facienda præferendum, atque ita eam etiam præsentationem, quæ à Joanne T. facta est, nullius momenti esse. Ut autem eo magis elucescat, potentiorem esse præsentationem à Joanne T. factam, eamque solam subsistere, nec obstare ullo modo ea, quibus pro tuenda sua præsentatione Joannes ab E. nititur,
9 ponderandum hic est, vicarios, † proprie loquendo, à lectoribus non solum nomine & officiis suis, sed & ipso gradu sive ordine esse distinctos, & ipsam fundationem non tantum solorum vicariorum meminisse, sed & illud requirere, ut inter hos gradu senior sit, qui præsentaturus est. Sic enim habent verba: Nostris vero testamentariis omnibus in Domino defunctis, tum à seniori vicario in gradu portionem habenti, cum vicariis in Dormitorio etiam continue residenti, hujusmodi beneficii præsentationem perpetuis temporibus volumus observari. Quibus verbis illustrantur ea, quæ in eadem fundatione de vicariis præmittuntur: so-
10 lent † enim præcedentia per sequentia declarari, *Litem si filiusfamilias. §. si filius. ff. ad Macedon. l. si servus plurium. §. ult. ff. de legat. 1. c. sedes. de rescript.* Paril. *consil. 78. num. 18. & consil. 117. num. 97. lib. 1.* Cravett. *consil. 149. num. 4.* Hernin. *consil. 109. num. 18.*

Plane cum ea, quæ de seniore in gradu diserte proferuntur, perspicua sint, contrarietas, vel certe magna perplexitas ex verbis fundationis nasceretur, si reliqua verba de eo, qui portione & clavis redemptione senior est, accipienda dicerentur. Atqui ita in omni actu inter-
11 pretationem † fieri oportet, ut, quoad ejus fieri potest, evitetur omnis contrarietas, *c. inter dilectos. §. ceterum. de fid. instrument.* Joan. Cephal. *in consil. 156. num. 23. lib. 2.* Menoch. *de arbitr. judic. quæst. casu 199. num. 23.* Roland. à Valle *in consil. 85. num. 16. lib. 4.* Carol. Ruin. *consil. 109. num. 9. lib. 1.* Cacheran. *decis. 23. num. 46. & decis. 76. num. 11.* Zas. *consil. 13. num. 14. lib. 2.* Similiter † jure 12
cautum est, ut ita semper verba interpretemur, ne perplexitas inde aliqua oriatur, *l. si Titius. ff. de verbor. obligat.* Atque hoc notat etiam Bartholom. Socin. *in tractat. regular. & fallentiar. in regul. 536. versic. decimoseptimo fallit.*

Proinde ut maxime, quæ de vicariis in fundatione proferuntur, generatim exaudienda essent, & lectores eorum appellatione comprehendi dicerentur, tamen dum nominatim & diserte ad præsentationem faciendam deligitur, non senior portione ac clavis redemptione, sed gradu sive ordine, modo & ipse clavem redemerit, & portionem habeat, merito censeretur senior vicarius, ut in majori gradu existens lectori seniori anteponendus, cum præsertim & eo casu, quo aliquid non exprimitur, sed res dubia & obscura est, ea interpretatio fieri debet, ut verba † potiori & digniori sensu accipi- 13
antur, *l. 1. §. qui in perpetuum. ff. si ager vectigal. petat. l. quæritur. ff. de stat. hom.* Paul. de Orian. *ad Rubric. ff. de offic. ejus cui mandat. num. 11.* Harmanoct. Detus *in l. 4. §. Cato. num. 468. ff. de verbor. obligat.* Cravett. *ad Rubric. ff. de legat. 1. num. 129.* Menoch. *de arbitrar. judic. quæst. casu 321. num. 12.* Dignior autem & potior significatio est, cum verba intelliguntur de iis, qui in majori & digniori sunt gradu, cujusmodi sunt vicarii comparatione lectorum. Etiamsi itaque nulla etiam gradus expresse facta esset mentio in fundatione, tamen verba in dubio de vicariis ut dignioribus censerentur prolata, nec ad lectores porrigenda essent.

In Joanne autem T. ut seniore vicario Dormitorii antiqui, gradus prærogativa merito eo plus momenti & ponderis habere debet, quod ætatis etiam provectioris sit Joanne ab E. & multis annis ante hunc possessionem sui beneficii sive vicariæ adeptus sit, eaque ratione fiat, ut triplici nomine senior existat. Cum enim † duo 14
vel plura in aliquo conjunctim concurrunt, ea fortius operantur, quam unum, *§ sed hodie. ubi gloss. & Doctores Instit. de adopt. l. fin. C. de edict. D. Adrian. toll. §. 1. Authent. de consanguin. & uterin. fratr.* Illud sane etiam non obscuri juris est, quod ex iis, † qui à diversis personis præsentati sunt, is 15
præferri debeat, qui à digniori præsentatus est, ut singulariter tradit Bald. *in l. 1. ff. de Senator.* ubi de fratre & sorore dicit, si habeant jus patronatus, & sint discordes in præsentatione, illum præferri, qui est præsentatus per fratrem, quia sexus virilis est dignior. Refert & sequitur Gaspar. Valascus *in l. imperium. num. 5. ff. de jurisdict.* Ex quo consequitur & eam præsentationem, quæ à Joanne T. facta est, vel hoc nomine potiorem esse ea, quæ facta est per Joannem ab E. quod ille dignior sit, quam hic, idque vel ob solam gradus prærogativam ita se habeat. Præterea non parum momenti ad corroborationem præsentationis à Joanne T. factæ, & ad labefactandam eam, quæ per Joannem ab E. facta est, adfert, quod non hanc, sed solam illam insecuta sit collatio, à Reverendissimo Archiepiscopo C.

po C. facta: nam variantibus iis, qui præsen-
16 tant, Episcopo † permissum est, unum ex præ-
sentatis deligere, & hunc solum instituere, ea-
que institutio valet & præsentationem confir-
mat: ita tenent gloss. & Doctores *in c. cum autem. de jur. patronat.* ubi Panormit. *num.* 7. hanc sen-
tentiam tuetur, & pro ea Joannem Andream,
Innocentium, & alios Doctores citat, subditq;,
17 de juris rigore Episcopum † tali casu etiam ex-
traneum instituere posse, *argum. c. quoniam. de jur. patronat.* Sane supradicta sententia de instituen-
do uno ex præsentatis eo magis in proposita fa-
cti specie locum habet, quod non statim pro ar-
bitratu suo, vel potius ex affectu aliquo, sed re
prius deliberata & ponderata ob certas, easque
graves rationes collationem fieri Archiepisco-
pus voluerit.

Illud vero plurimum pro præsentatione per
Joannem T. facta, & eam insecuta collatione fa-
cit, quod is, à quo proxime præsentatio facta
fuit, antiqui Dormitorii vicarius senior in gradu
extiterit, & sic Joannes T. tanquam ejusdem
Dormitorii vicarius senior in gradu in quasi pos-
sessione præsentandi sit. Nam eo etiam casu,
quo alius proprietatem habet, & præsentans ve-
rus patronus non est, præsentatio ab eo facta,
18 qui bona † fide in quasi possessione præsentan-
di est, valet, nec præsentatus amoveri potest.
Textus est *in c. consultationibus. de jur. patronat.* ubi
Pontifex his utitur verbis: Si aliquis clericus ab
ordinario judice in Ecclesia fuerit institutus ad
præsentationem illius, qui ejusdem Ecclesiæ cre-
debatur esse patronus, & postea jus patronatus
alius evicerit in judicio, institutus non debet ab
ipsa propter hoc removeri, si tempore præsen-
tationis suæ is, qui eum præsentavit, jus patro-
natus Ecclesiæ possidebat, &c. Eodem pertinet
textus *in c. querelam. de election.* ubi rescriptum est;
cum nobis constiterit, quod populus in qua-
si possessione præsentandi clericum existebat,
quando ipsum presbyterum ad eam elegit. Qui-
bus verbis non obscure innuitur, ut subsistere
dicatur electio, ipsam quasi possessionem at-
tendendam. His consonum est, quod *in c. ex li-
teris. de jur. patronat.* proditum est. Præter hos tex-
tus & præclara ratio juris pro eadem sententia,
de præsentatione à quasi possidente facta, mili-
19 tat. Etenim bonæ fidei possessor † fructus suos
facit. *l. bonæ fidei. ff. de acquirend. rerum dominio. §. si
quis à non domino. Instit. de rerum divis. c. gravis. de re-*
20 *stit. spoliat.* Sunt autem juris patronatus † fru-
ctus ipsæ præsentationes, *d. cap. consultationibus. de
jur. patronat. c. cum Bartholdus. de re judicat. c. decerni-
mus. & cap. filiis. 16. quæst. 7.* Philip. Port. *in consil.
102. ex facto proponitur. num. 13.* Ruin. *in consil. 50.
super themate. num. 1. lib. 5.* Petr. Duen. *in reg. 280.
incip. existentes in quasi possessione juris patronatus.*
Roland à Valle *in consil. 47. num. 30. lib. 1.* Panor-
mitan. *in dicto cap. consultationibus. numer. 3. versicul.
sed ratio decidendi. & in dicto cap. ex literis. num. 3. &
7.* & ibidem Berous *num. 12. de jur. patronat.* Un-
de & hi fructus juris præsentandi non ad do-
minum, sed ad ipsum bonæ fidei possessorem
pertinet, & quemadmodum hujusmodi posses-
sor fructus suos facit, & consumptos non re-
stituit, sic cum & ipsi fructus juris præsentan-
di per præsentationem & institutionem con-
sumpti censeantur, non tenebitur præsentans
ad restitutionem, nec præsentatus removeri po-
test, sed pro legitime præsentato habetur. Quod
quidem eo minus mirum, quod quis etiam le-
gitime procreatus, † vel eo nomine esse censea- 21
tur, quia ex iis est progenitus, quos in quasi pos-
sessione matrimonii esse constat. Anton. de Bu-
trio *in cap. 2. in sexto notab. qui filii sint legitimi. & in
cap. quod nobis. in secundo notab. eod. tit.* allegat & se-
quitur Philip. Port. *in dicto consil. 102. ex facto pro-
ponitur. num. 14.* Quemadmodum autem in tex-
tibus & rationibus juris fundata est ea senten-
tia, qua tenetur, quod bona fide in quasi posses-
sione præsentandi existentes, recte præsentent,
& ab iis præsentati præferantur iis, qui à vero
domino præsentantur, ita & quamplurimis Do-
ctorum † authoritatibus eadem sententia suf- 22
fulta est. Nam eam amplectuntur gloss. Panor-
mit. Cardinal. Berous, & alii Doctores *in dicto c.
consultationibus.* Archidiac. *in c. si plures. 16. quæst. 7.*
Panormit. & alii Doctores *in c. querelam. de electio.*
Bald. *in c. in literis. num. 5. de restit. spoliat.* Paul. de
Monte Pic. *in l. Titia cum testamento. §. Titia cum
nuberet. quæst. 39. ff. de legat. 2.* Ripa *in c. cum Ecclesia
Sutrina. num. 130. de causa possess. & propriet.* Idem
tenent Domini de Rota *in decis. 7. de jur. patronat.
in noviss. & decis. 14. eodem tit. in antiquis.* Roch. de
Curt. *in tractat. juris patronat. in verb. competent. quæ-
stio. 14. num. 28.* Carol. Molin. *in consuetud. Paris.
37. gloss. 11. num. 3. & 19.* Cæsar Lamberdin. *in tra-
ctat. juris patronat. lib. 2 part. 1. artic 1. quæst. 3.* Alex-
and. *in consil. 75. num. 43. lib. 4.* Frideric. de Senis
consil. 111. num. 8. versic. in casu autem nostro. Ruin. *in
consil. 50 super themate. num. 1. lib. 5.* Berous *consil 6.
num. 33. lib. 1.* Cravett. *in consil. 322. num. 5.* & tam
multi alii Doctores, ut hæc sententia communis
vel potius receptissima dici possit.

Neque vero quo minus hæc sententia in pro-
posita facti specie pro corroboratione præsen-
tationis à Joanne T. facta locum habeter, ob-
staculo esset, si objiceretur, unicam tantum
præsentationem antehac esse factam ab anti-
quo Dormitorii vicario seniore in gradu: nam
præterquam quod id in facto diffiteretur Joan-
nes T. de jure etiam plane frivolum & irrele-
vans esset: nam per unicam † etiam præsenta- 23
tionem, quæ secuta institutione effectum sor-
tita est, (ut hoc nostro casu) constituitur ali-
quis in quasi possessione juris patronatus. Ita
sentit Panormitan. *in consil. 54. videtur primo. num.
2. lib. 2.* Philip. Port. *in dicto consil. 102. ex facto pro-
ponitur. num. 10.* Roland à Valle *in dicto consil. 47.
num. 27. lib. 1.* Roch. de Curte *in suo tractat. juris pa-
tronat. in verbo, competens. numer. 29. 30. 34.* Tra-
dit hoc etiam Cravet. *in consil 322. col. 5. versic. septi-
mo principaliter.* & Dec. *in dicto consil. 117. numer. 2.*
post Innocentium, Oldradum, Fridericum de
Senis, & Caldericum, qui ab eo ibidem allegan-
tur.

Nihilo magis refragatur, quod bona fides in
eo requiratur, qui in quasi possessione præsen-
tandi est, ut ejus præsentatio subsistat. Nam
primum † bona fides semper in dubio præsu- 24
mitur, gloss. & Bartol. *in l. non ex eo. C. de evict. per
l. emptor. C. de præscript. long. tempor.* gloss. & Inno-

cent. in cap. si diligenti. versicul. bona fides. de præscript. Alexand. in consil. 200. viso & discusso. num. 4. lib. 2. Alciat. in tractat. præsumpt. regul. 3. præsumpt. 5. Anton. Butr. Panormitan. Felin. & Parif. in cap. si diligenti. de præscript. Philip. Port. in d. consil. 102. ex facto proponitur. num. 36. ubi id in terminis nostris tradit, & diserte ait, in præsentante bonam fidem præsumi.

25 Deinde cumprimis is, qui in possessione † vel quasi alicujus rei est, cum titulo vero, vel etiam putativo sive præsumpto, bonæ fidei possessorem præsumi, l. penult. C. de evict. Bartol. in l. Celsus. ff. de usucap. gloss. Innocent. Panormitan. & Felin. in cap. si diligenti. de præscript. Ludolph. Schrader. inter consilia Francofort. consil. 34. num. 80. tom. 1. ubi plures authoritates pro hac sententia adducit. Atque hoc usque adeo verum est, ut pro-
26 cedat, † etiamsi titulus putativus sive præsumptus errore injusto causatus fuerit, Bartol. in l. igitur. §. potest. ff. de liber. caus. Certum enim est, bo-
27 nam † fidem etiam ex causis injustis & temerariis causari posse, Paul. Castrens. in l. Celsus. ff. de usucap. Matth. de Afflict. decis. 40 Jas. in l. si id quod. num. 35. ff. de jurisdict. Alciat. in regul. 3 præscript. 5. num. 4. Wesenbec. consil. 4. num. 83. Bald. in l. 1 C. ubi causa status. quem allegat & sequitur Ludolphus Schrader. in d. consil. 34. num. 81. In proposita autem facti specie saltem putativum & præsumptum titulum obtendi posse à Joanne T. omni caret dubio; cum præsertim verus etiam titulus non immerito ab eo allegetur, ut ex iis fundamentis, quæ superius deducta sunt, liquido apparet, & ex iis etiam, quæ infra adducentur, planum fiet.

Accedit his, quod fortassis ab eo tempore, quo testamentarii, quorum in fundatione fit mentio, vita defuncti sint, soli vicarii seniores antiqui Dormitorii præsentarint, & sic tanto temporis spacio quasi possessio continuata sit. Quod ita se habere, inde etiam conjecturam facio, quod inter argumenta, quibus Joannes ab E. & Conradus à W. utuntur (prout in proposita facti specie supra referuntur) non reperiatur eos, illud etiam objicere, quod aliquando antehac, vel ex lectoribus, vel ex vicariis novi Dormitorii senior aliquis præsentarit. Quod si igitur ea ratione à solis vicariis senioribus antiqui Dormitorii continuata est quasi possessio, erit procul dubio tempus centum annorum, & sic immemoriale elapsum, ex quo isti testamentarii mortem obierunt, & quasi possessionem nacti sunt, vicarii seniores antiqui Dormitorii: nam fundatio facta est Anno 1418. à quo tempore jam effluxerunt anni 150. Tempus autem
28 immemoriale † eam vim habet, ut vitium tollat, verumque titulum pariat, atque adeo idem operetur, quod constitutum, lex, privilegium, concessioque Imperatoria legitime impetrata, l. hoc jure. §. ductus aquæ. ff. de aqua quotid. & æstiva. l. 1. §. final. ibi, vetustatem vicem legis obtinere. & l. in summa. in princip. ff de aqua pluvia arcend. c. super quibusdam §. præterea. de verbor signific. Paul. Parif. in consil. 101. num. 84. volum. 1. Caballin. in milleloq. 314. Hannibal. in l. nemo potest. num. 597. ff. de legat. 1. Balb. in tractat. de præscript. secunda parte tertiæ partis principalis, quæstio. 6. numer. 25. Stephan. Bertrand. in consil. 118. num. 5 volum 2. Roland. à Valle in consil. 66. numer. 40. & seq. libr. 2. Grammat. voto 12. numero 9. Ludovic. Gozadin. in consil. 8. numer. 37. ubi expresse subnectit, tempus immemoriale † tantum posse, quantum 29
Imperator cum causa, idque asserunt etiam Roland. à Valle in dicto consilio 66. numero 47. Ruin. in dicto consil. 118 numer. 10. Jason in cap. 1. §. flumina. colum. 3. quæ sint regalia. Balb. in tractat. præscriptio. in secunda parte tertiæ partis principalis, quæstione prima, numero 28. versicul. & dicit Andreas. Jason in l. quo minus. numer. 42. ff. de fluminibus.

Sed ut demus quasi possessionem demum in præsentatione à Bernhardo T. piæ memoriæ, ut seniore vicario antiqui Dormitorii facta, cœpisse, nihilominus tamen vel illud tempus solum, quod ab ista præsentatione elapsum est, non parum ad tollendam omnem suspicionem malæ fidei operabitur: nam hæc ipsa præsentatio, & eam insecuta institutio, facta est anno 1544. à quo tempore præterierunt 34. anni.

Jam vero de eo, qui ultra triginta annos in possessione vel quasi fuit, haud obscuri juris est, vel solius † hujus temporis ratione eum bonæ 30
fidei possessorem præsumi, etiamsi nulla alia adminicula, quibus id docere possit, habeat. Bartol. in l. final. circa finem. Cod. unde vi. Jason in §. sed ista. num. 100. Instit. de action. Imol. in cap. 2. de restit. in integr. Roland. à Valle post alios à se adductos in consil. 3. numer. 94. libro 1. Dec. in consil. 267. numero 5.

Atque hæc quidem omnia, cum ita se habeant, ex iis satis planum fit, multis nominibus optimo jure niti præsentationem, à Joanne T. factam, & collationem, quæ eam secuta est, nec quicquam adversari, sed penitus corruere, & pro variis effugiis habenda esse ea argumenta, quibus ratione portionis & redemptæ clavis, item ratione concordatorum, in quibus lectores vicariis pares facti sint, Joannes ab E. & Conradus à W. utuntur. Hoc autem de istis concordatis eo verius est, quod vulgati juris sit, quandocunque ad esse rei conjunctim plura † re- 31
quiruntur, non sufficere, ut unum existat, textus est notabilis in l. unde etiam illud. §. penult. ff. de itiner. actuq. privat. l. habeat. in princip. ubi Doctores. ff. de institor. act. l. 2. §. quod diximus. ubi Bartolus & Doctores, ff. si quis cautionib. l. si per alium. §. docere. ff. ne quis eum qui in jus vocat. Cui consequens est, ut quis pro vicario habeatur, & iisdem omnino privilegiis cum eo fruatur, non satis esse, quod cum eo concordatorum particeps fiat, sed necesse esse, ut & in reliquis omnibus, quæ ad vicarios spectant, ei impar fit, & cumprimis in eodem gradu cum eo existat: quod se consecutos esse in proposita facti specie, ne ipsi quidem lectores asserere audent. Tantum vero abest, ut, quod de concordatis obtenditur, ad stabiliendam intentionem Joannis ab E. aliquid momenti adferat, ut è contra eam labefactet, & hoc ipsum merito in Joannem ab E. retorqueri possit, isque se per istud argumentum suo gladio jugu-

jugulet. Nam dum ſpeciatim de eo, quod ex-
preſſe exceptum eſt, in concordatis placuit, ut
lectores vicariis æquiparentur, eo ipſo id actum
eſt & comprobatum, ut extra hoc ſpeciale in re-
liquis non exceptis, vicarii à lectoribus diſtin-
cti manerent, nec hi illorum prærogativa gau-
32 derent: Exceptio † enim ſtabilit regulam in
caſibus non exceptis, & incluſio unius eſt ex-
cluſio alterius, *l. quæſitum. §. denique. ff. de fund. in-
ſtruct.* ubi Bartol. *l. nam quod liquide. §. fin. ff. de pen.
legat. c. dominus. 33. quæſt. 7.* Conſtat etiam ea, quæ
33 exorbitantia ſunt, † & quibus à jure commu-
ni receditur, ſtricte accipienda eſſe, nec ulte-
rius immutata cenſeri, quam quatenus expreſ-
ſe id cautum eſt, *l. quamvis. C. de teſtam. & l. præci-
pimus. in fin. C. de appellationib.* Doctores *in authent.
quas actiones. C. de ſacroſanct. Eccleſ.*

Sed ut his ſuperſedeam, & ad alia tranſeam,
ſupereſt, ut quaſi de altera parte hujus conſul-
tationis acturus, commonſtrem, quod & illa
nihil ponderis habeant, nec ad elidendam & e-
nervandam intentionem Joannis T. quicquam
faciant, quæ à Conrado à W. pro tuitione præ-
ſentationis à ſe factæ adducuntur. Et primum
quidem, licet in ipſa fundatione nulla nomina-
tim fiat mentio antiqui alicujus Dormitorii, ſed
indiſtincte & ſimpliciter vox Dormitorii pro-
feratur, tamen cum per id tempus, qua fun-
datio facta eſt, nullum in rerum natura fue-
rit aliud Dormitorium, quam quod nunc an-
tiquum vocatur, idque in propoſita facti ſpe-
cie extra controverſiam ſit, non poſſunt ver-
ba fundationis, ratione præſentationis à ſenio-
ri vicario in gradu faciendæ, alio ſenſu acci-
pi, quam ut ad ſolum antiquum Dormitorium,
cujus reſpectu ipſe fundator iis uſus eſt, refe-
rantur. Etenim in quolibet actu attendendum
eſt, quo nomine, quove intuitu & contempla-
tione aliquid dictum factumve ſit, neque ali-
34 ter † interpretationem verborum fieri debe-
re, quam habita ratione ejus, ad quod is, qui
ea protulit, reſpexit, *l. ſi quis domum. §. penult. in fin.
locat. l. debitor. §. final. ff. ad Trebell. l. profectitia. in fin.
ff. de jur. dot. l. fideicommiſſa. §. interdum. ff. de legat. 3. l.
final. C. ſi adverſus rem judicat.* Nicol. Everhard. la-
te in loco legal. à tanquam ſeu reſpectivis. Ne-
35 que etiam generalia † verba ad ſupervenientia
de novo ſunt producenda, quaſi & hæc iis com-
prehendantur. Ita tenent Anton. Butr. Joan. de
Imol. & Doctores *in c. cum inter. ubi etiam textus
eſt, de renunciat.* Atque hoc quidem eo magis
hoc caſu locum habet, quod verba ratione Dor-
mitorii de præſenti, non autem de futuro ali-
quo tempore concepta, nec in ejuſmodi Dor-
mitorium aliquando extruendum, directa ſint.
36 Ea enim eſt natura verborum † præſentis tem-
poris, ut nulla ratione includant & comple-
ctantur futura, niſi diſerte id adjectum fuerit.
Grat. *conſil. 59. conſultus de tali. num. 27. lib. 1.* Alex-
and. *conſil. 171. num. 1. lib. 6.* Philip. Corn. *conſil.
14. num. 5. lib. 1.* Paul. de Caſtr. Jaſ. & alii Docto-
res *in l. ſi ſtipulatus fuerim. §. cum ſtipulamur. ff. de ver-
bor. obligat.* Alciat. *in l. verbum oportebit. num. 2. ver-
ſic. qua ratione. ff. de verbor. ſignificat. facit textus in l.
ult. §. 1. ff. de legat. 2. l. uxorem. § teſtamento ff. de legat. 3.*
Sed & licet in dubiis terminis verſaremur, in
quibus videlicet merito ambigi poſſet, de quo
tempore verba prolata eſſent, tamen ita inter-
pretatio eſſet facienda, ut verba ad ſolum præ-
ſens † tempus, vel potius ad ea, quæ eo tem- 37
pore extitiſſent, non autem quæ poſtea eveniſ-
ſent, referrentur, *l. ſi ita. ff. de aur. & argent. le-
gat.* Grat. *dicto conſil. 59. conſultus de tali. num. 32. lib. 1.*
Menoch. *conſil. 97. habet hæc conſultatio. num. 63. lib.
1.* Accedit huic ſententiæ Paul. de Monte. Pico
in l. qui ſe patris. num. 42. & ſeq. C. unde liber. ubi ci-
tat ejuſdem ſententiæ aſſertorem Bartol. *in dicta
l. ſi ita. & l. qui Romæ. §. duo fratres. 34. & 35. ff. de ver-
bor. obligat.*

Eo autem magis, quæ in fundatione ratio-
ne præſentationis de Dormitorio, & ejus vica-
riis proferuntur, ad antiquum Dormitorium re-
ſtringi, nec ad novum protrahi debent, quod
hujuſmodi interpretatione ad primævum ſta-
tum redeatur, & ſemper ea † interpretatio præ- 38
valere debeat, qua rem ad antiquum & primæ-
vum ſtatum reducimus, & quam minime ab
eo deflectimus, cum hujuſmodi interpretatio
favorabilis ſit, *cap. ab exordio. diſtinct. 35.* ubi hinc
gloſſ. ait, nemini injuriam fieri, cum res ad an-
tiquum † ſtatum reducitur, eſt etiam notabi- 39
lis gloſſ. *in l. ſi unus. § pactus ne peteret.* & ibi Jaſ. *nu-
mer. 6. ff. de pact.* Ludovic. Gozadin. *conſil. 9. num.
13.* Dec. *in c. ad noſtram. verſic. non obſtat. de appella-
tionib.* Atque hoc quidem adeo verum eſt, ut
hujus favoris intuitu, in præjudicium etiam ter-
tii interpretatio † ſubſiſtat, qua à novo defle- 40
ctendo ad priſtinum ſtatum revertimur. Gram-
mat. *in deciſ. 106. num. 3.* Bartol. & Doctores *in c.
ſi conſtante. ff. ſolut. matrimonio.* Idem conſulendo
notat Cravet. *in conſil. 135. num. 38.* & Ludovic.
Gozadin. *in conſilio 1. numero. 39.* ubi hanc ſen-
tentiam communiter eſſe approbatam, teſta-
tur.

Atque hæc quidem hoc caſu eo majoris pon-
deris ſunt, quod & ea ſpeciali prærogativa an-
tiquum Dormitorium gaudeat, ut ipſa funda-
tio, à qua totum illud jus præſentationis, de
quo nunc diſceptatur, & originem habet, &
penitus dependet, ad novum Dormitorium
nunquam tranſlata, & ne quidem ad exiguum
tempus in eo aſſervata fuerit, ſed in antiquo
Dormitorio, ut propria ſua ſede perpetuo re-
manſerit. Unde conſequens fit, extraordina-
rio quodam modo & jure conſtructum & con-
ditum eſſe novum Dormitorium, antiquum au-
tem, verum, legitimum & ordinarium eſſe Dor-
mitorium, atque ideo ad hoc Dormitorium
verba fundationis reſtringi debere. Nam ver-
ba in qualibet † diſpoſitione, & omni alio a- 41
ctu intelligenda ſunt ſecundum ordinarium &
legitimum curſum, nec ad id, quod extraordi-
nario modo vel jure tandem introductum vel
factum eſt, porrigi, & protendi debent, argum.
textus *in l. ſcio. §. medio. ff. de annuis legat.* quem tex-
tum ad hoc allegat Decius *in conſil. 130. quod ſu-
pra. num. 7.* ubi citat etiam Bartolum id tenen-
tem *in dicto §. medico. verſicul. ultim. not.* Accedunt
vero his ea, quæ ſupra ſunt dicta, de interpreta-
tione ita facienda, ut verba non ad miſtum, ſed
ad ſimplicem caſum referantur, item ut in po-
tiori & digniori ſignificatu, & potius ſpecifi-

ce quam generaliter accipiantur: simplex enim casus & tum dignior & potior, tum specifica significatio erit, si de Dormitorio antiquo duntaxat fundationem loqui dixerimus.

Quod autem ratione residentiæ objicitur, intentioni Joannis T. eo minus refragatur, quod ea, quæ de novo introducuntur, & correctio-
42 nem quandam continent, non solum † ad alia, quæ nominatim & disertis verbis non sunt expressa, protrahi & extendi non debeant, sed & stricta interpretatione contrahenda sint, ut, quoad ejus fieri potest, quam minime deflectatur ab eo, quod antiquitus obtinuit, *l. quamvis. Cod. de testament. & l. præcipimus in fin. Cod. de appellationib.* Mar. Solomon. *in dicta l. Gallus. §. quidam. num. 5. ff. de liber. & posthum.* Joan de Imol. *in l. filio præterito num. 21 ff. de injust rupt. irrit.* Cephal. *consil. 313. num. 15. part. 3.* Joan. Crot. *in consil. 421. num. 8. lib. 3.* Doctores *in Authent. quas actiones. Cod. de sacrosanct. Eccles.* ubi Jas. *num. 21.* ait, regulam
43 esse, † quod ne quidem ex majoritate rationis in iis, quæ correctiora sunt, extensio fieri possit, idque communi Doctorum calculo comprobatum & receptum esse, testatur Emanuel Suarez. *in thesauro receptar. sentent. in verb. extensio in iu.* Novum autem exorbitans ac plane correctorium ejus, quod antiquitus observatum fuit, illud est, quod vicarius Philippi & Jacobi residentiam habens, ad novum Dormitorium pertineat, & inde manualia percipiat. Atque hoc ita se habere, vel inde liquido constat, quod demum post conditum Dormitorium novum, & fortassis multis etiam interjectis annis id introductum sit.

Præterea etiamsi id, quod ratione residentiæ & perceptionis, portionum & manualium ex novo Dormitorio objicitur, non censeretur novum & correctorium esse, tamen inde nequaquam inferri posset, ipsum jus præsentandi, quasi hoc jus ex novo Dormitorio dependeret, & ad ejus vicarium seniorem pertineret: Longe aliud enim est, vicarium veteris Dormitorii residentiam habentem ita pertinere ad novum Dormitorium, ut inde manualium & portionum particeps fiat, longe vero aliud jus præsentandi habere, cum hoc dependeat ex so-
44 lo Dormitorio veteri. Separatorum † autem separata omnino est ratio, nec in his ab uno ad aliud infertur, *l. final. cum ibi notat. ff. de calumniat. l. Quintus Mutius. 2 §. argento ff. de aur. & argent legat. l. neq. natales C. de probat. l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acquir. possess.*

Quod autem de præsentatione aliquando, ratione vicariæ Fabiani & Sebastiani, conjunctim ab utriusque Dormitorii senioribus facta, per Conradum à W. obtenditur, id vel ideo etiam corruit, nec Joanni T. adversatur, quia unicus est actus, nec jam agitur stricte de præsentatione, ratione vicariæ Fabiani & Sebastiani facienda, constatque ex verbis ipsis fundationis potissimum, hanc fundationem factam esse in honorem Philippi & Jacobi ut Apostolorum, id quod ex principio liquet, tum vero maxime ex iis verbis, quæ sub finem proferuntur in hunc modum, insuper hujusmodi beneficium cum omnibus suis juribus & pertinentiis habitis & habendis, ac omnia alia & singula præmissa authoritate nostra ordinaria authorisamus, & in perpetuam vicariam seu beneficium in honorem dictorum nostrorum Apostolorum fundatam, in nomine Domini per præsentes confirmamus, &c. Quibus verbis solorum Apostolorum, Philippi videlicet & Jacobi, mentio fit, & in honorem eorum dicitur facta. Nam & in principio fundationis hi soli Apostoli vocantur, & ab iis Fabianus & Sebastianus appellatione martyrum separantur & distinguuntur. Quæ cum ita sint, & cum alias etiam separatorum separata omnino debeat esse ratio, ut superius dictum est, absurdum fuerit ex præsentatione aliquando, ratione solius vicariæ Fabiani & Sebastiani, etiam à seniori vicario novi Dormitorii facta, astruere & concludere, quod totum jus præsentationis, de quo fundatio loquitur, ejusmodi vicario competat, cum præsertim ista unica præsentatio ab eo solo facta non fuerit, sed æque senioris vicarii antiqui Dormitorii, quam istius authoritas & factum intervenerint, & jam de ea præsentatione agatur, quæ ab uno vicario seniori fieri debeat, secundum fundationem, quæ ita loquitur, ut uni soli seniori vicario jus præsentandi assignet. Etsi nihil horum, de quibus hactenus contra Conradum à W. dictum est, ita se haberet, tamen præsentationi ab eo factæ, ea, quæ à Joanne T. facta est, vel eo solo nomine præferenda esset, quod hic Joannes tanquam senior vicarius antiqui Dormitorii in quasi possessione sit juris præsentandi, & expediti juris sit, eum qui in hujusmodi quasi possessione est, recte præsentare, etiamsi non is, sed alius esset verus patronus, ideoque talem præsentationem anteponendam esse ei, quæ à vero patrono facta est, ut late supra est demonstratum. Similiter ob eam etiam causam Joanni T. non obstat præsentatio per Conradum à W. quod non hanc, sed solam eam præsentationem, quam is Joannes fecit, collatio secuta sit, & hujusmodi collatio de jure summam vim habeat, ut similiter supra in priore parte hujus consilii ostensum est.

Plane tanti momenti est hæc collatio, adeoque præsentationibus à Conrado à W. & Joanne ab E. factis obstat, ut ob eam † implorato 45
judicis officio, & vel ostensis tantum collati beneficii literis, qui hanc collationem nactus est, mittendus sit in possessionem, ut notat Bald. *in l. 1. num. 59. Cod. de serv. tut. & aqua.* & Marant. *in suo speculo, distinct. 1 principali. numer. 13.* Petr. Rebuff. *in commentar. ad Regias constitut. Galliæ, tom. 3. tit. de materiis possessor. in præfatione, num. 219.* post quos & alios plures à se adductos idem tradit Jacob. Menoch. *in suo tractat. de adipisc. possess. remed. 6 num. 34. & seq.* ubi addit expresse, remedium, quod † hujusmodi beneficiato, qui collationem 46
nactus est, competit, proditum esse ad instar beneficii, *l. fin. C. de edict. D. Adria. toll.*

Regnerus Sixtinus
J. U. D.

Com-

Consilium XI.

Regneri Sixtini

J. U D. quod fecit nomine facultatis Juridicæ Marpurgensis.

Summaria.

1 *Libellus incertus usq; ad sententiam declarari potest per positionales articulos, probationes, & alia acta. Et judex hoc casu super libello incerto sententiam ferre potest.*

2 *Libellus non pro reo, sed in commodum actoris interpretationem recipit.*

3 *Clausula, omni meliori modo, & jus & justitiam administrari, vis est, ut omnis actio actori utilissima, quæ ex narratu ulla ratione colligi possit, intentata censeatur.*

Etiam si nomen actionis alicujus in actis ab actore expressum sit.

4 *Condictio certi generalis ex omni causa & obligatione competit, sive ex certo, sive incerto contractu aliquid petatur. Et datur ex omni contractu vel quasi contractu, & maleficio vel quasi maleficio.*

5 *Condictio certi generalis competit eo casu, quo sine numeratione per solam intentionem mutuum contractum est, præsertim si pecunia non fuerit ad solutionem parata.*

6 *Condictio certi generalis etiam competit, quando mutui contractus initus est absque vero consensu.*

7 *Condictio certi generalis competit ex omni eo, quod vel actum, gestum, vel contractum est, & unde obligatio aliqua oriri potuit.*

8 *Condictio certi generalis competit etiam eo casu, quo vera obligatio orta non est, æquitas tamen subest, & num. 41.*

9 *In condictione certi generali requiritur, ut certum sit illud, quod petitur.*

10 *Certum esse id, quod petitur, unde colligatur.*

11 *Interesse, quoad rerum naturam certum est.*

12 *Condictio certi generalis ex l. Aquilia competit.*

13 *In l. Aquilia fit condemnatio in id, quod interest.*

14 *Condictio certi generalis etiam competit; cum simpliciter & generaliter petitur, ut in id, quod interest, condemnatio fiat.*

15 *Incerta petitio admittitur, cum accessorie aliquid petitur cum re principali certa.*

16 *In condictione generali requiritur, ne narretur, rem petitam actoris esse, sed ei deberi.*

17 *Condicere rem suam, præterquam à fure, nemo directo potest.*

18 *Condictio generalis, ut competat, necesse est, ut aliqua causa vel obligatio, sive per contractum, sive quasi contractum, sive maleficium vel quasi maleficium doceri possit, & si nulla obligatio ex certo negotio contracta appareat, necesse omnino est, ut saltem æquitas subsit.*

19 *Mutui proprium & substantiale est, ut res, quæ numero, pondere, & mensura constat, interveniat.*

20 *In mutuo non idem in specie, sed in genere restituendum.*

21 *Mutuans, dominus regulariter esse debet ejus rei, quæ mutuo datur.*

22 *Mutuum re contrahitur, & regulariter ac proprie realem veramq; numerationem requirit.*

23 *In mutuo speciali jure & ex benignitate sufficit, ut res debita retineatur à debitore, nec ultra numeratio necessaria est.*

24 *Text. in l. qui negotia. ff. mandat. de vero & proprio mutuo loqui.*

25 *Ut mutuum per solam retentionem pecuniæ debitæ constituatur, ex magis communi Doctorum sententia requiritur, ut pecunia ad solutionem parata fuerit.*

26 *Pecuniam ad solutionem paratam, negociatores locupletes habere præsumuntur.*

27 *Præsumptio juris transfert onus probandi in adversarium.*

28 *Ubi præsumptio est pro aliquo, multo duriori adversarius gravatur probatione.*

29 *Contractus ad tempus initus, finito eo nullus est.*

30 *Temporis cursus plus operatur, quam renunciatio.*

31 *Tempus alicui rei præfixum, de forma rei est.*

32 *Societas ad tempus contracta, finito eo expirat.*

33 *Societatis præcipuum requisitum est, ut lucra omnia & damna communicentur.*

34 *Societas inter fratres in eadem domo habitantes non præsumitur tacite inita, si lucra & damna non communicaverint.*

35 *Confessio judicialis omnes alias probationes superat, nec ea melior & efficacior probatio haberi potest, & num 88.*

36 *Consensus ex conjecturis deprehenditur, adeo ut expressum etiam intelligatur, quod ex conjecturis colligitur.*

37 *Factis clarius quam verbis declaratur consensus.*

38 *Mutui causa in dubio dedisse præsumitur, qui negociatori magnam quantitatem pecuniæ numeravit, causa cur dederit, non adjecta.*

39 *Mutuum præsumitur, quando negotium participat magis de mutuo, quam de alio aliquo contractu.*

40 *Locupletari aliquem cum alterius damno, à bono & æquo alienissimum est.*

42 *In condictione certi generali requiritur, ut obligatio vel causa, ex qua aliquid debetur, sit pura seu præsens, nec ea actio, cum instituitur, ex diei vel conditionis eventu dependeat.*

43 *Exceptio declinatoria fori nullius est momenti, cum post litem contestatam objicitur.*

44 *Nisi per ignorantiam fuerit omissa.*

45 *Exceptio inepti libelli etiam in causa appellationis proponi potest.*

46 *Generaliter & indistincte accipienda sunt, quæ semel generaliter placuerunt.*

47 *Verba cum effectu accipienda sunt.*

48 *Subjecta talia sunt, qualia prædicata demonstrant.*

49 *Socii mei socium, meum socium non esse, quomodo intelligendum.*

50 *Antecedens qui vult, vult etiam consequens.*

51 *Societas consensu contrahitur.*

52 *Etiam tacito.*

53 *Socii mei socius, ob eam rationem socius meus esse non potest, quod socius mihi esse nequeat, quem constat, me noluisse esse socium.*

54 *Ratione cessante jus cessat.*

55 *Sententia certa fieri debet.*

56 *Sententia certa est, qua expressim refertur ad aliud, quod certum est.*

57 *Relatum inest cum omnibus suis qualitatibus in referente.*

58 *Sententia non est incerta, in qua se judex quoad quantitatem refert ad libellum.*

59 *Sententia obscura ex libello declaratur.*

60 *A societate non receditur, nisi renuntiatum illi sit, & denuntiatum omnibus, qui cum aliquo ex sociis contraxerunt per edictum.*

61 *Fallit, cum ad tempus, quo finiri debeat, societas restricta fuit.*

62 *Novatio non præsumitur.*

63 *Novatio jure novo, nec ipso jure, nec ope exceptionis defenditur, quando non est expresse actum, ut novatio fiat.*

64 *Novatio fit in contractibus incompatibilibus, quales sunt societas & mutuum, etiamsi hoc non expresse actum sit.*

65 *Novatio fit per translationem debiti ex causa mutui in causam depositi, etiamsi id expresse non agatur.*

66 *Novatio ex communi Doctorum sententia in contractibus, quantumvis non incompatibilibus, novo etiam jure censetur facta, si ea ex conjecturis colligatur, etiamsi de ea re expresse non fuerit actum.*

67 *In societate damni habenda est ratio, & proprium societatis est, ut ad omnes serves pertineat, & sortis diminutionem pariat, & num. 84.*

68 *Societas morte solvitur, neq; in heredem continuatur, etsi hoc socius maxime voluerit.*

69 *Heredes tantum novo consensu socii fiunt.*

70 *Societatem pupillus sine tutoris authoritate non potest contrahere.*

71 *Pupillus absque tutore authore contrahere non potest.*

72 *Tacitum non debet operari plus quam expressum.*

73 *Pupillus meliorem conditionem sine tutoris authoritate facere potest, deteriorem non potest.*

74 *Pupillus in omnibus causis, ex quibus mutua nascuntur obligationes, non obligatur iis, cum quibus contraxit, at hi pupillo obligantur.*

75 *Tutorum authoritas & consensus in ipso negotio intervenire debet.*

76 *Solennitates in ipso actu intervenire oportet.*

77 *Tutorum authoritas pars solennitatis contractus est.*

78 *Paria sunt non fieri, & non legitime fieri.*

79 *Minores restitutionis in integrum beneficium habent, sive cum consensu curatoris, sive sine eo obligati fuerint.*

80 *Minores non solum propter damnum emergens, sed & propter lucrum cessans sunt restituendi.*

81 *Restitutionis in integrum ratio habenda est, etiamsi tantum incidenter per viam exceptionis vel replicationis in judicio petatur.*

82 *Contrariorum uno posito removetur alterum.*

83 *Meam rem esse si pronuntietur, censetur simul pronuntiatum, rem non esse tuam.*

85 *Testis unicus & solus de proprio facto deponens in civilibus causis plene probare censetur.*

86 *Sana mentis quilibet fuisse præsumitur, donec contrarium probetur.*

87 *Confessio extrajudicialis geminata vim habet confessionis judicialis.*

89 *Præsumptiones juris liquidissima probationes censentur.*

90 *Præsumptiones duæ simul juncta plenam fidem faciunt.*

91 *Præsumitur nemo suum jactare.*

92 *Præsumitur contra tacentem ob longam taciturnitatem.*

93 *Præsumitur sortis stipulatio ex sola præstatione usurarum.*

94 *Probatio dubia & incerta non relevat probantem, ideoque probationem dubiam reddere sufficit.*

95 *In societate summa & exuberans bona fides requiritur.*

96 *Fraudulentis machinationibus in contractibus bonæ fidei ita occurrendum, ut auctori potius noceant, quam ulli alii.*

97 *In dolo versantur, qui contra pactum suum, & id, ad quod se sciunt teneri, agunt.*

98 *Præcedentia declarant sequentia.*

99 *Alternatio præsumitur inter æqualia, aut saltem parum distantia.*

100 *Dolus præsumitur ex eo solo, quod quis tacet, nec indicat illud, quod merito indicandum esset.*

101 *In dolo versari censetur, qui dicit & affirmat, quod non est verum.*

102 *In solidum condemnatur, qui interrogatus, quod verum est, non respondit.*

103 *Statutum majorem vim habet in iis, quæ non sunt contra bonos mores, & similibus, quam si per pactum aliquid placeat.*

104 *Mutuum contractus stricti juris est.*

105 *Condictio certi generalis licet non ex causa mutui, sed ex alia causa, & quidem ex bonæ fidei contractu intentetur, tamen ex communi Doctorum sententia stricti juris esse censetur.*

106 *Usuræ in contractibus stricti juris ex stipulatione debentur, citra stipulationem vero à tempore litis contestatæ.*

107 *Interesse etiam in stricti juris judiciis à tempore moræ peti potest.*

108 *Fructus quoq;, ut interesse, à die moræ in stricti juris judiciis veniunt.*

109 *Fructus si ut fructus petantur, non nisi à tempore litis contestatæ, in stricti juris judiciis debentur.*

110 *Usuræ vicem fructuum obtinent, nec ab illis separantur.*

111 *Usuræ hodie non possunt aliter peti, quam ut interesse.*

112 *Expensæ compensari non possunt, quando, qui in prima instantia condemnatus est, etiam in secunda succumbit, sive ex iisdem, sive novis actis condemnatum eum esse constet.*

113 *In expensas etiam condemnandus est, qui licet in prima instantia obtinuerit, ex iisdem non novis actis in secunda instantia succumbit.*

CASUS.

IN causa appellationis inter I. T. & consortes appellantes, ac S. V. & consortes appellatos facti species breviter & succincte sic se habet: Actores & Rei primæ instantiæ, quorum hi nunc appellantes, illi vero excepto Dn. S. H. appellati

pellati sunt, partim ipsi adhuc superstites, partim eorum majores ac parentes nunc defuncti, ante triginta annos ad certum tempus societatem negotiationis cupreæ in Thuringia prope **Arnstatt** contraxerunt, convenitq; ut rei conventi eorumve parentes non solum pecuniam, sed operam quoq; conferrent, & negotium administrarent, principalesq; socii essent, reliquis pecuniam tantum contribuentibus.

Cum autẽ anno, &c. 52. tempus contractæ societatis esset finitũ, eam redintegrarunt, & tempus hujus societatis in triennium prorogarunt, quod tempus anno, &c. 55. fuit elapsum. Ab eo tempore actoribus per totũ octennium sex pro centum singulis annis à reis sunt soluti, nulla vel damni, vel lucri alterius ratione habita.

Postea vero hujusmodi usuras sive interesse actoribus solvere rei recusarunt, & tandẽ obtendentes negotium, cujus societas anno, &c. 52. coita fuit, damnũ magnum ab anno 53. passum esse, ne quidem ad solam sortem aliter, quam detracto pro rata damno actoribus restituendam se teneri affirmarunt.

Quæ res causam dedit liti. Petierunt itaq; actores sibi solvi sortem suam in societatem aliquando collatam, pro qua ab anno, &c. 55. per reos ipsis constanter per integrũ octennium sex pro centum fuerunt soluti, & præter hanc sortem interesse, sive usuras annuas ab anno, &c. 63. quo primum rei usuras solvere cessarunt. Et licet I. W. jam defunctus, unus fuerit ex principalibus sociis, tamen actores contra ejus heredes non sunt judicio experti, sed solis reliquis principalibus sociis, eorumque heredibus litem moverunt.

Rei autem variis modis & defensionibus se actorũ petitioni opposuerunt, & tandem post longam conflictationẽ, & rationes reorum per quatuor calculatores sive arbitros bis auditas, & duplicem relationem de iis rationibus per hos calculatores factam eo deventum est, ut definitiva sententia condemnati sint rei ad sortem in societatem negotiationis cupreæ aliquando collatam, reis plene ac sine ulla diminutione restituendam, à petitione tamen interesse fuerunt absoluti, compensatis litis expensis.

Ab hac sententia per reos fuit appellatum: priusquam tamen hanc appellationẽ prosecuti sunt, petierunt à primæ instantiæ judicibus, ut sententiam suam declararent, sed illi declarationẽ denegarunt. Quæ res fecit, ut appellationem suam sint prosecuti, ita tamen ut prius, quoad S. H. personam sententiæ acquieverint, illiq; suam sortem reddiderint. Tandem autẽ & in hac instantia secunda eo utrinq; processum est, ut submissione hinc inde facta, nihil aliud restet, quã ut definitiva sententia in hac instantia pronuncietur, & quemadmodum sententia ferenda sit, dubitetur.

Quoniam vero concilium nostrũ hac in re petitur, visis & lectis diligẽter utriusq; instantiæ actis, commode nos propositam dubitationẽ resoluturos existimamus, si hæc, quæ sequuntur, capita ordine excutiamus. Primum, quæ actio in prima instantia per actores sit intentata? Secundo, an actio intẽtata de jure competierit actoribus, & probata ab iis sit? Tertio, an intentio actorũ per reos nunc appellantes sit sufficienter elisa? Quarto & postremo, quid ratione petiti interesse, & expensarũ litis sit statuendum? Ex quibus tandem perspicue satis, ut opinamur, apparebit, quemadmodum in præsenti appellationis causa à Dominis judicibus sit pronuntiandum.

QVOD AD PRIMUM CAPUT ATTINET ex cõclusione libelli & narratis ejus, ad quæ per verba, **Inmassen/rc.** aliqua fit in conclusione relatio, nõ obscure apparet, nõ ex cõtractu societatis, sed respectu mutui, nõ veri, sed ficti sive improprii, quod scilicet per retentionẽ pecuniæ debitæ contractũ sit, agere actores voluisse, si præsertim conferantur cum libello positionales articuli ad probandam suam intentionẽ producti, & probationes ab iis factæ: quam collationẽ fieri de jure posse adeo verũ est, ut † libellus etiam 1
is, quem revera incertũ esse constat, usq; ad sententiã declarari possit per positionales articulos, probationes, & alia acta, eoq; casu sententiã super libello recte ferat judex, *l. 2. ff. de edend.* gl. *in l. 1. §. si quis argentum. ff. depos.* ubi & Alex. id tenet, item Bart. *in l. si in rem. in fin. ff. de rei vend.* Feli. *in c. 2. nu. 3. de libel. oblat.* Bald. *in l. 1. C. de sent. quæ sine cert. quant.* Lud. Roma. *in l. scire. ff. de verb. oblig.* Dd. *in l. si quis intentione. ff. de jud.* Abb. *in d. c. 2. vers. tu dic melius. de libel. oblat. & in c. ex parte. B. col. 2. de for. comp.*

Quinimo ipsi rei fatentur, actores in suo libello se nõ in societatis, sed mutui contractu fundasse: nam in actis primæ instantiæ in scriptura sua probatoria ajunt, **daß in der Clag in effectu die libellirte Hauptgüter als gelihen vñ Zinßgelt angezogen.** Item ibid. paulo post subjiciunt, **daß lis nit contestirt auff gewinn oder verlust / sondern auff Zinßgelt.** Porro certi juris est, in quolibet † li- 2
bello, quoad ejus fieri potest, non pro reo, sed ad libellantis sive actoris commodũ interpretationem fieri debere, *d. l. si quis intentione.* ubi Dd. *& l. solemus. ff. de judic.* Philip. Corn. *consil. 91. incip. in causa.*

sa. in

sa. in lit. G. part. 4. Mynsing. *consil.* 28. *incip. in causa vertente. num.* 4. ubi hanc ait esse communem Doctorum theoricam.

3 Et sane clausula, † omni meliore modo, & clausula, jus & justitiam administrari, quæ in præsenti causa libello expresse & caute adjectæ sunt, eam vim habent, ut licet libellus sit minus clarus, tamen omnis actio, quæ actori aptissima & utilissima est, & ex narratis ulla ratione colligi potest, intentata censeatur, ut notant Felin. & Doctores *in c. examinata. de judic.* late Jason *in §. omnium. num.* 149. *versic. & per supradicta. & nu.* 151. *Instit. de action.* Baptista Asinius *in pract. civili. §.* 4. *cap.* 4. *num.* 7. Bald. *in l. vinum. colum.* 3. *ff. si cert. petat.* Alexand. *consil.* 6 *alias* 371. *incip. circa processum. volum.* 3. *& in consil.* 105 *alias* 477. *incip in causa & lite vertente. volum.* 3. Gratus *consil.* 37. *versic. & facit clausula. vol.* 1. quem præter alios quamplurimos pro hujus sententiæ confirmatione adducit & sequitur Gabriel. *conclusio. lib.* 6. *conclus.* 4. *tit. de clausulis, num.* 8. Atque huc spectat, quod notat Mynsing. *d. consil* 28. *num.* 4. *&* 5. *& consil.* 18. *incip. cum hac causa. num.* 10. 11. ubi quod de virtute harum clausularum dictum est, adeo verum esse ostendit, ut licet actor in actis nomen actionis alicujus exprimat, & ex ea se agere dicat, tamen ei non obstet, quo minus actio alia ei aptior ex narratione & conclusione libelli propositi colligi possit, prout id in Cameræ Imperialis judicio à se factum esse eo tempore, quo assessor ejus judicii fuit ex eodem consilio evidenter apparet. Ideoque multo magis in præsenti causa talis actio debet ab actoribus intentata censeri, quæ eis commodissima est, cum certum actionis nomen nullibi in actis, vel primæ, vel secundæ instantiæ expresserint. Nam in actis quidem primæ instantiæ fol. 251. advocatus eorum his utitur verbis: Daß die Herrn Cläger solche jhre Hauptsummen nicht actione pro socio ex veteri contractu, sondern als Zinßgelt im Rechten zu erfordern gute fug vnd recht gehabt. Item, ibidem paulo post sic loquitur: So haben die Herrn Cläger auch keinen andern weg Rechtens / als auff ein simplex creditum vnd Zinßgelt zu klagen fürnemmen können: Sed hæc non eo spectant, quasi affirmetur nomine actorum, quod specialem certi condictionem ex mutuo intentarint, verum ut ostendatur, eos non ex veteri contractu societatis, sed nova obligatione crediti agere voluisse.

Jam vero mutui nomine agitur non solum speciali condictione certi, sed & generali: quip-
4 pe cum hæc generalis condictio † certi competat ex omni causa, omnique obligatione, sive ex certo, sive ex incerto contracta aliquid petatur, ut disertis verbis docet Ulpianus *in l. certi condictio. ff. si certum petat.* Et quod indistincte ex omni contractu aut quasi contractu, item maleficio vel quasi maleficio hæc generalis actio detur, ibidem tradunt Bartolus, Baldus, Alexander, Jason, Zasius, Alciat. & communiter Doctores omnes, idq; variis exemplis illustrant. Idem docet Rofred. *de ordin. judic. part.* 4. *tit. de cert. condict general. num.* 1.

Et quidem hæc generalis condictio certi, in præsenti causa propterea aptior est, & tutior, quam specialis certi condictio, quod hic non agatur de mutuo naturali & vero, sed de eo, quod sine numeratione per solam retentionem ejus, quod debebatur debitori concessam, fuit contractum, ut in sequenti capite demonstrabitur.
Nam † eo casu præsertim, si pecunia non fue- 5
rit ad solutionem parata, non specialem, sed generalem certi condictionem competere, notant Alexand. Socin. & Moderni Mediolanens. quos allegat & sequitur Hieron. Cagnol. *in priori sua repetit. l. singularia. num.* 27. *ff. si cert. petat.* Alberic. *in l. si à furioso. ff. eod.* ubi eo quoque casu ge-
neralem certi condictionem † competere ait, 6
quando mutuum celebratur absque vero consensu, & addit, eam esse eo casu dativam, non nativam. Idem comprobat & sequitur Jason *in d. l. certi condictio. num.* 13. Facit præterea, quod notat Alciat. *in d. l. singularia. num.* 5. *item in d. l. certi condictio. num.* 11. ubi docet, communem esse interpretationem textus in hac lege, quod genera-
lis condictio certi † competat ex omni eo, quod 7
vel actum, gestum, vel contractum est, & unde obligatio aliqua oriri potuit. Accedit his textus elegans & rotundus *in l. si me & Titium. ff. eod. tit. ubi Celsus.* Si me & Titium mutuam pecuniam rogaveris, & ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto: siquidem nullum negotium mecum contraxisti, sed propius est, ut & te obligari existimem, non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quæ ad te pervenit, eam mihi à te reddi bonum & æquum est. Ex quibus verbis colligendum esse videtur, etiamsi vera a-
liqua † obligatio orta non sit, sed subsit tamen 8
æquitas, competere condictionem certi generalem, quam dativam appellat, idq; tenet Dec. *in d. l. certi condictio. quem ibidem num.* 11. *Alciat. adducit. Idem tenet Rofred. de ordin judic. part.* 4. *tit. de cert. condict general. in princip. & num.* 7. ubi addit multos prudentes hoc admittere.

Quæ cum ita sint, non obscure apparet, hanc generalem certi condictionem commodissimam actoribus fuisse, & facilius quam specialem aliquam actionem in præsenti causa probari potuisse. Ideoque ita petitionem sive intentionem actorum accipiendam esse, quasi ea generalis actio intentata sit.

SEQUITUR NUNC SECUNDUM HUIUS consultationis caput: an scilicet actio ab actoribus intentata sufficienter sit probata? Quod ut commodius & facilius ostendatur, ponderanda
sunt requisita † generalis condictionis certi, & 9
cum præsenti causa conferenda.

Primum autem requisitum est, ut certum sit illud, quod petitur, *d. l. certi condictio. in verbis, ex qua certum petitur.* Rofred. *de ordin judic. part.* 4. *tit. de cert. condict general.* Alexand. Jason, Zasius, & alii Doctores *in d. l. certi condictio.* Et quidem cer-
tum est, cujus † species vel quantitas, quæ in 10
obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis quantave sit, ostenditur, *l. certum est. ff. si certum petat. & l. stipulationum quadam. ff. de verbor. obligat.*

Jam

Jam vero ab actoribus certa pecuniæ summa petita est, eaq; nominatim exprimitur in libello. Neque vero obstat, quod & interesse simul 11 petitum est: quia constat † interesse, quoad rerum naturam certum esse, *l. cum ad præsens. ff. si certum petat. l. ubi autem. §. illud. versic. sed qui vinum. ff. de verbor. obligat.* Bartol. *in l. fin. ff. si in jus vocat. non ie-* 12 *rit.* & ex † lege Aquilia certi condictio generalis competit, *d. l. certi condictio. §. competit hac actio.* 13 cum tamen † in ea lege fiat in id, quod interest condemnatio, *l. ait lex. in fin. ff. ad leg. Aquil.* Porro 14 quod condictio † certi generalis competat, quando, ut in præsenti causa, actores in conclusione sui libelli fecerunt, simpliciter & generaliter petitur, ut aliquis ad id, quod interest, condemnetur, communi Doctorum sententia receptum est, ut testatur Alciat. *in d. l. certi condictio. num. 25.* licet ipse ibidem singularem sententiam sequatur. Denique in hac causa attendendum est, quod principaliter definita & expressa summa pecuniæ sit petita, & simul interesse, ut accessorii petitio sit adjecta, eoq; minus mirum est, si dicatur, id eadem generali condictione recte petitum, ne accessorium separetur à suo principali, contra illud, quod regulariter de affinitate rei principalis & accessoriæ legibus est constitutum, *l. nihil dolo. §. 1.* ubi Dec. Cagn. & Mayner. *ff. de regul. jur. c. accessorium.* ubi Dyn. & alii *eod. tit. in 6.* Facit magnopere, quod semper dica- 15 tur admitti incerta † petitio, si accessorie aliquid petatur cum re principali certa, *c. inter dilectos. versic. hac omnia.* & ibi Felin. *de fid. instrument.* Mynsing. *in §. curare. num. 18. Instit. de action. cum similibus.* Atque hæc obiter de interesse attingere sub hoc capite libuit. Quod præterea in hac causa, quoad interesse in considerationem venire debet, de eo separatim sub capite postremo dicemus.

16 Secundum requisitum † certi condictionis generalis est, quod non debeat narrari & prætendi rem petitam esse actoris, sed ei deberi, ut notat Rofred. *de ordin. judic. d. tit. de cert. condict. gen.* 17 *num. 6.* Nemo enim directo † rem suam potest condicere, præterquam à fure. *l. ultim. in fin. ff. usufruct. quemad. caveat. l. 1. ff. de condict. furt. l. ubi autem non apparet. §. fin. ff. de verbor. obligat. §. sic itaq; discretis. versic. plane odio furum. Instit. de action.* Per actores autem in præsenti causa ita petitio in libello est instituta, ut rem, non ut directo suam, sed ut sibi à reis debitam petant.

Quod ad tertium requisitum attinet, ut hæc generalis certi condictio competat, necesse est 18 aliqua † causa vel obligatio sive per contractum, sive quasi contractum, sive maleficium vel quasi maleficium doceri possit, & si nulla obligatio ex certo negotio contracta appareat, necesse omnino est, ut saltem æquitas subsit, ut tradit Rofred. *de ordin. judic. d. tit. de cert. condict. general. num. 7. versic. tertium est necessarium.* Atque huc spectat textus *in dicta l. certi condictio. & dicta l. si me & Titium.* cum aliis authoritatibus, quæ huc facientes supra sub finem capitis primi sunt adductæ.

Atqui vero in præsenti causa petitio sortis sibi debitæ per actores, ea ratione fit, ut non obscure appareat, eam vel in obligatione ex certo negotio contracta, vel dato, quod non fuerit talis obligatio, saltem in æquitate sine certa obligatione esse fundatam. Nam quod ad obligationem attinet, ea talis est, ut ad mutui contractum referri possit. Est enim pecunia, quæ aliquando in societatem collata fuit, & tandem consentientibus actoribus post finitam, anno, &c. 55. societatem per principales socios retenta, ut narrata libelli ostendunt. Est autem mutui proprium † & præcipuum substantiale, ut 19 non quælibet res, sed ea, quæ numero, cujusmodi est pecunia, aut pondere, aut mensura constat, interveniat, *l. 2. §. mutui datio. & §. creditum ergo. ff. si certum petat. l. 1. §. mutui autem datio. ff. de obligat. & actionib. §. 1. Instit. quibus mod. re contrah. obligat.*

Deinde, ut mutuum † contractum dicatur, 20 necesse est idem in genere petatur, neve inter contrahentes actum sit, ut idem corpus, quod mutuo accipitur, restituatur, cum non in specie, sed in genere idem restitui ex hoc contractu debeat. Textus est *in d. §. mutui autem datio. & in d. l. 2. in princip. & in d. §. mutui datio.* ubi gloss. ord. Odofred. Bart. Bald. Castrens. Jas. Zasius & communiter Doctores. Atqui in præsenti causa actores actionem suam ita instituerunt, ut pecuniam post finitam societatem sibi debitam, & à principalibus sociis cum præstatione usurarum retentam, non in specie, sed in genere sibi restitui petierint, ut nec aliter petere potuerunt, cum non extiterit amplius, sed consumpta fuerit. Neque vero ulla ratione ex actis constare potest, post finitam anno, &c. 55. societatem unquam actum fuisse, ut sors sive pecunia debita, & à principalibus sociis cum consensu actorum retenta, in specie restitueretur.

Porro requiritur † quidem etiam in mutuo 21 contrahendo, ut mutuans dominus sit ejus rei, quæ mutuo datur, *d. l. 2. §. appellata. & § mutui datione. ff. si certum petat. §. 1. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Item, ut vera † & naturalis datio ac nu- 22 meratio interveniat, cum re mutuum contrahi dicatur, *d. l. 1. versic. re contrahitur obligatio. ff. de obligat. & action. in princip. Instit. quib. mod. re contrah. obligat.* Et neutrum horum in proposita facti specie per actores, vel in libello narratum, vel probatum fuit, illudq; tantum constat, quod pecunia finita posteriori societate actoribus debita, consensu eorum retenta fuerit à reis.

Verum hic econtra considerandum, regulare esse illud jus, quo dominium in dante & vera numeratio desideratur, & sic proprium mutuum contrahi, speciali † autem jure & ex beni- 23 gnitate sufficere, ut res mihi debita retineatur à debitore, nec traditionem vel numerationem veram esse necessariam. Textus est expressus *in l. singularia.* ubi Bartolus, Baldus, Castrens. Jason, Zasius, Alciatus, Cagnol. & communiter Doctores, *ff. si certum petat.* Neque obstat † textus 24 *in l. qui negotia. ff. mandati.* quia præter alias solutiones, quæ ad hanc legem possunt adferri, responderi & illa ratione potest, quod in eo textu Jureconsultus de proprio & vero mutuo loquatur, dum negat mutui obligationem contractam, sive pecuniam creditam esse in casu à se

pos-

posito, ut notat Molin. *in suo tractat. commerc. & usurar. quaest. 84. num. 652.*

25 Eadem ratione nihil obstat, quod † ex magis communi Doctorum sententia ad contrahendum mutuum non sufficiat retentio pecuniæ debitæ, sed præter eam necessarium sit, ut parata fuerit pecunia ad solutionem, ut notat Jason *in l. singularia. num. 41. ff. si certum petat.* ubi pro hac sententia allegat Bald. Angel. Castrens. Alexand. Alberic. de Rosat. & addit, eam sententiam magis communiter à Doctoribus approbari: nam versamur in iis terminis, in quibus pecuniæ retentio locupletibus negotiatoribus fuit data, quo
26 casu † de jure præsumitur, pecunia debita parata fuisse ad solutionem, *argum. l. ubi autem. §. melior. ff. de in diem addict.* Bartol. *in d. l. singularia. num. 27.* & Alciat. ibidem, *num. 14.* Item Apostil. ad Bartol. ibid. *in verb. in promptu.* ubi addit communiter alios Doctores cum hac sententia transire. Et contra hanc præsumptionem liquido debuit fie-
27 ri probatio per reos, cum præsumptio † juris transferat onus probandi contrarium in adversarium. *l. ab ea. ff. de probationib. l. sive. C. eod. t. bona fides. deposit.* Bartol. *in l. in illa. in fin. ff. de verbor. obligat.* Hyppol. de Marsil. *sing. 451. decrevi omnino. num.*
28 *1.* ubi inter cætera & illud tradit, quando † præsumptio est pro aliquo adversam partem gravari multo duriori probatione. Idem docet Panormit. *in c. quia verisimile. de præsumpt.* Item Dec. *consil. 175. colum. 6. in princip.* Apostil. ad Alciat. *in tractat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 3. num. 10.* Facit textus cum glossa *in l. final.* & ibi Bald. *ff. quod met. causa.*

Atqui vero hujusmodi probatio contraria non est per reos facta. Nam licet sæpe in actis affirmarint, & docere studuerint, non fuisse societatem anno, &c. 55. finitam, & sic ne quidem debitam fuisse actoribus pecuniam, sive sortem in societatem collatam: tamen certissimum est, eam revera finitam eo tempore fuisse. Atque hoc ob alias etiam hujus causæ circumstantias diligenter est per dominos Judices ponderandum.

Convincitur autem illud primum ex instrumento societatis renovatæ nomine confecto, ubi expresse & dilucide societas hæc ad certum tempus, triennium scilicet, restringitur. His enim utuntur verbis: Daß wir vns haben vertragen vnd geainigt auff drey Jahr lang / welche sich auff Ostern diß zwey vnd fünfftzigsten Jahrs anfahen / vnd sich ohngefährlich zu Ostern deß fünff vnnd fünfftzigsten Jahrs sollen enden / eines Gewerbs vñ Handelshalb zu treiben in vnser schmeltz vnd saiger Hütten zu Arnstatt in Thüringen gelegen / etc.

Jam vero indubitati juris est, quando ad tem-
29 pus certum † contractus aliquis restringitur, transacto illo tempore, finitum, & nullum censeri contractum, *l. eum qui. §. qui ita stipulatur.* & ibi Jas. *num. 7. ff. de verbor. obligat.* Facit, quod plus
30 dicatur † operari cursus temporis, quam renunciatio, *l. facta. §. si quis bonorum. ff. ad Trebell.* & quod Bald. & Salic. tradunt *in auth. quas supplicatio.*
31 *in fin. C. de precib. Imp. offerend.* tempus scilicet † alicui rei præfixum esse de forma ipsius rei. Id quod affirmat etiam Castrens. *in l. si à lege. in princ. ff. locati. & in l. qui Romæ. § Callimachus. ff. de verbor. obligat.* per textum *in l. si ire oportet. § consequens. ff. de usufruct.* Ex quibus consequitur, † & societatem 32
finitam censeri elapso tempore, ad quod initio per conventionem contrahentium fuit limitata & restricta, ut de hac re textus est *in l. actione. §. item qui societatem. ff. pro socio.*

Porro extra omnem controversiam est, nec negatur à reis sex pro centum ab anno, &c. 55 fuisse actoribus respectu sortis per integrum octennium solutos, cum tamen lucrum sit incertum, præsertim in negotiationibus, ideoque ab eo tempore, quo prior societas constitit usque ad annum, &c. 55. quo posterior societas finita est, magna fuerit varietas in lucro, dum scilicet nunc novem, nunc septem, nunc duodecim, nunc octo, nunc sex, nunc denique alia ratione singulis annis plus minusve pro centum numerabatur, ut vel ex ea sola scriptura extracta apparet, quæ numero 5. est signata, & ab ipsis reis producta.

Unde cum post annum, &c. 55. non lucrum, sed potius certum aliquod & constans interesse actoribus fuerit per integrum octennium solutum, non potest dici vel tacite societatem post annum, &c. 55. durasse: siquidem unum † ex præ- 33
cipuis requisitis societatis est, ut omnia lucra & damna communicentur, ut notat Bart. *in l. si patruus. in fin. C. communia utriusq. judic.* Dec. *consil. 21. incip. viso puncto. num. 2.* Jas. *consil 2. col. 5. consil. 3. col. 2. lib. 3. & in l. 1. num. 5 cum aliquot sequentibus, C. qui testam. fac. poss. argum. l. pro herede. ff. de acquir. hered.* Menoch. *consil. 11. num. 1.* ubi plures alias authoritates adducit. Atque hæc sententia † adeo vera 34
est, ut ne quidem inter fratres tacite præsumatur societas inita, licet in eadem domo fuerint, si lucra & damna inter se non communicarint, ut consulendo censuit Dec. *d. consil. 21. num. 2. & 3.* ubi plures authoritates huc facientes allegat.

Accedit his, quod ipsi rei societatem post annum, &c. 55. fuisse finitam, tandem in fine actorum secundæ instantiæ in quodam producto, cujus inscriptio est: Warhaffte Verzeichniß aller vnd jeder Personen / so in dem gewesenen Arnstatischen saiger vnd hütten Handel / etc. expresse fateantur his verbis: Vnnd dieweil durch jhren Herrn Advocaten in voriger Instantz errore quodam gestritten worden / als solte sich die Gesellschafft / Anno 1555. nicht geendet haben / Demnach wöllen sie solchen Irrthum hiemit semel pro semper in bester Form Rechtens revocirt vnd widerruffen haben.

Jam vero confessio in judicio facta eam vim habet, ut per eam solam plenissime probetur, cum confessio partis † superet omnes alias pro- 35
bationes, nec ea melior & efficacior probatio haberi possit, ut per Scribent. *in l. cum re. C. de transact. & in l. eum qui. de jurejur.* Dec. *in rubr. de probat.* Paris. *consil. 115. col. 3. vol. 1. & consil. 75. num. 51. vol. 2.* Roland. à Valle *consil 21 num. 3. lib. 1.* Quare, licet plura adduci possint, ex quibus convincatur societatem ab anno, &c. 55. fuisse finitam, longiori tamen disputatione de hac re nihil opus est, cum vel ob solam jam dictam confessionem solennem & judicialem certum sit, societatem anno, &c. 55. fuisse finitam.

Quo-

Quoniam itaque contra supra adductam juris præsumptionem per liquidam & evidentem probationem contrarium à reis non est probatum, verum manebit, quod uti supra deductum est, si non verum, saltem improprium & quasi mutuum sit in proposita facti specie contractum.

Licet autem ab actoribus in libello disertis verbis & simpliciter non narretur expresso consensu post finitam societatem id actum esse, ut crediti nomine principales socii sortem actoribus debitam haberent ac retinerent, tamē cum
36 consensus † ex conjecturis etiam deprehendatur, adeo quod expressum quoque illud censeatur, quod ex conjecturis colligitur, *l. pretor. in pr. vers. interdictum est hoc, juncta gloss. in verb. expressum. ff. de no. op. nunciat. & ibi Bart. Bald. Ang. Roman. Alex. Jason & omnes. Roman. cons. 271. incip. vis tota præsentis dubitationis ante fin.* Item cum factis † revera
37 magis & clarius consensus declaretur, quàm verbis, quod facta effectum ipsum ostendant, verba vero aliquando contra voluntatem proferentis sint, ut *c. dilecti filii, & ibi Dec. notab. 2. de appellat.* Abb. *consil. 116. num. 3. lib. 2.* Jason *in l. reprehendenda. num. 1. C. de instit. & substit.* Gozad. *consil. 101. num. 3.* Socin. jun. *cons. 98. num. 13. lib. 1.* hinc profecto est, quod dici possit, narrationem actorum in libello eo etiam spectare, quod in proposita facti specie certus & verus consensus ad contrahendam obligationem crediti nomine intervenerit, dum videlicet narratis libelli adjicitur, quod post finitam societatem ab anno, &c. 55. & sic per integrum octennium pro pecunia retenta sex floreni pro centum actoribus per reos fuerint usurarum sive interesse nomine constanter soluti. Item dum in narratis libelli nominatim pecuniæ summa exprimitur, ita ut appareat, magnam hanc pecuniæ summam fuisse, quæ reis, principalibus sociis, post finitam societatem fuit concessa, vel hoc solum eam vim habet, ut censeatur placuisse contrahentibus, ut mutuum contraheretur. Nam quando negocia-
38 tori † alicui magna datur quantitas pecuniæ, sive detur ad negociandum, sive non, & non adjiciatur causa, quare detur, in dubio censetur placuisse contrahentibus, ut ex causa mutui pecuniam haberet. Ita consultus respondit Ludovicus Roman. *cons. 278. incip. pro habenda substantia veritatis num. 1. allegat notata per gloss. & DD. in l. cum quid. ff. si cert. pet.* Facit magnopere & quod tradit Abb. *cons. 78. incip. quidam Franciscus. col. ult.* quem refert Jason *cons. 174. num. 1. vers. tertio idem tenet, lib. 2.* ubi ait, eum in dicto consilio consulere de eo, qui consignavit simpliciter centum florenos auri, quibusdam lanificibus, ad trafficandum in eorum traffico & arte lanæ, & tenere, quod iste contractus ipso effectu sit contractus mutui, quasi consensus verus de eo contractu ineundo intervenisset, *per gloss. in cap. plerique, 14. q. 3.* Quod responsum eo magis in nostris terminis procedit & locum habet, quod maxima pecuniæ quātitas hic intervenerit, si conferatur cum summa centum florenorum auri, de qua loquitur in suo casu Abb. *in d. cons. 78. col. ult.*

Atque hæc quidem omnia cum ita se habeant, planum sit, in proposita facti specie mutui saltem ficti sive improprii obligationem esse contractam. Idque eo verius est, quod nullus appareat alius contractus, ex quo negocium hoc plus participet, quam ex mutuo, cum præsertim societatem non durasse, sed penitus solutam fuisse, supra sit ostensum. Quando † enim 39
negocium aliquod sive contractus participat magis de mutuo, quàm de alio aliquo contractu, tunc præsumitur esse mutuum, ut notat Alex. *in l. 2. in prin. num. 6. vers. quid autem in dubio. ff. si cert. pet. DD. in cap. quæstiones. de rerum permut.* Bart. *in l. Aristo. in princ. ff. de contrah. empt.* quem allegat & sequitur consulendo Jason *in d. cons. 174. num. 1. vers. octavo facit, lib. 2.*

Sed dato, quod in proposita facti specie nulla certa obligatio vel mutui vel alia contracta esset, tamen cum à bono † & æquo alienissimum 40
sit, ut aliquis cum alterius damno locupletetur, *l. nam natura. ff. de cond. indeb. & l. jure naturæ. ff. de regulis juris.* ipsa æquitas † urgeret, ut restituatur 41
ea pecunia, quæ ex aliquo actu ad aliquem pervenit, & generalis condictio certi, quam dativam appellant, locum haberet, *l. si me & Titium. ff. si cert. pet.* cum similibus suprà allegatis. Pervenisse autem ad reos sortem petitam, quæ aliquando in societatem fuit collata, ut actores in libello suo narrant, sic & ipsi rei non negant, nisi quod ad heredes H. W. quoque eam pervenisse, item damnum quod societate constante & post eam contigit, simul & ad actores spectare, & similia quædam excipiant, quæ nihil obstare, in sequenti hujus consultationis capite ostendemus. Unde tertium requisitum certi condictionis generalis satis probatum esset, etiamsi citra veritatis præjudicium daretur ex mutui obligatione, vel alia simili reos actoribus non fuisse obligatos.

Quartum † & ultimum certi condictionis 42
generalis requisitum est, quod obligatio vel causa, ex qua aliquid debetur, sit pura seu præsens, cum si in diem vel sub conditione aliquid debeatur, nè quidem per hāc actionem ante diem vel conditionis eventum res peti possit, *textus est in l. certi condictio. ff. si cert. pet. ubi DD. communiter.* Rofred. *de ord jud. d. tit. de cert. condict. gener. num. 7. vers. quartum est necessarium.* Hîc autem in diem vel sub conditione deberi illud, quod actores petunt, nec ex libello, nec ulla ex parte actorum primæ vel secundæ instantiæ apparet, ut nec à reis tale quicquam objicitur.

Quibus omnibus ita stantibus planum fit, certi condictionem generalem competiisse actoribus, & sufficienter ab iis probatam esse.

Tertium hujus consultationis caput postulat, ut præcipuas exceptiones sive defensiones reorum, quibus in prima & secunda instantia utuntur, ordine certo excutiamus, & an per eas intentio actorum sit elisa videamus. Et quidem primo, ut primæ instantiæ processus & sententiæ nullitatem ostendant, objiciunt in suis secundæ instantiæ gravaminibus judices primæ instantiæ incompetentes fuisse, quod inter socios renovatæ societatis tempore, anno scilicet, &c. 52. convenerit, ut si controversia incideret, ea coram ipso Senatu Civitatis Norinbergensis proponeretur, ac ab eodem dirimeretur,

tur, item quod hoc primæ instantiæ judices faci-
le scire potuerint ex instrumento de hac societa-
te confecto, & in eadem Instantia judicialiter
producto, ubi contrahentes disertis hac de re u-
tuntur in verſ. Weiter iſt abgeredt/ſo Irrung/
Zwytracht / Mißverſtand/oder Gebrechen vnder
vns Geſelſchafftern/rc.

Sed hæc exceptio reorum non subsistit, nec
hic nullitatem processus vel sententiæ patere
potest. Nam ex actis ante litis contestationē ap-
parere non potuit, quid quo ad jurisdictionem
judicis tēpore contractæ societatis fuerit actum.
Quia ante litem in prima instantia contestatam,
ut nulla omnino probatio facta est, sic nec in-
strumentum societatis fuit productum. Atqui
expediti juris est, etiamsi expresse exceptio de-
43 clinatoria † fori per reum in judicio opponatur,
nullius tamen momenti eam esse si post litis cō
testationem objiciatur. *l. fin. ubi DD. cōmuniter. C.
de except. l. peremptorias. cum ibi notatis. C. sententiam
resc. ind non posse* Joan. Andreæ *in c. 1. de lit. contestat.
lib. 6.* Corn. *Conſ.* 247. *nu.* 18. *lib.* 2. Sebast. Vant. *in
tract. de nullit. tit. de nullitat. ex defectu inhabilit. num.*
57. Guid. Pap. quæst. 275. *n.* 4. Cujus ratio evidens
est, quod judicem approbare & in eum consen-
tire censeatur reus, si hac exceptione ante litem
contestatā non utatur *l. sed etsi susceperit, ubi Bal. ff.
de jud.* Corn. *Conſ.* 209. *nu* 5. *vol.* 1. Rom. *Conſ.* 269.
in fin. quem præter alios adducit & sequitur Asin. *in
pract.* §. 13. c. 8. *nu.* 4.

Neque obstat, quod non desint, qui ita de
hac exceptione loquantur, quasi etiā post litem
contestatam, adeoque in qualibet judicii parte,
& post sententiam ratio ejus haberi debeat, op-
ponique ea possit, ex quibus sunt Mayner. *in l. om-
nia quæcunq. nu.* 72. *ff. de reg. jur. gloss. in Clem. un. de se-
quest. poss. & gloss in pr. in verb. secundum. in fine Inst. de
de oblig. Alexand. Conſ* 77. *colum.* 3. *volu.* 2. Nam hoc
44 eum sensum habet, ut verum sit, quando † per
ignorantiam exceptio fuit omissa prout ad hanc
objectionem respondet Bapt. Asin. *in practic. in
dict.* §. 13. *cap.* 8. *numer.* 5. *versic. verum prædicta. ubi
præter gloss. & DD.* refert idem respondentem
Lancellot. Conrad. *in sua practic. lib. 1. capit.* 9. *De
prætore.* § 2. *De offic. prætor. in causis civilibus tit. de ex-
ceptionibus, numer.* 3. *in fine.* Quod autem in hujus
causæ prima instantia per errorem sive ignoran-
tiam exceptio declinatoria fuerit omissa, rei
probare ne quidē tentarunt, ne dum probarūt,
ut interim taceamus, quod quidam teneant ne
quidem tum post litem contestatam, nullam ha-
bendam hujus exceptionis rationem, cum liqui-
do constat per errorem eam ante litis contesta-
tionem omissam esse. Ang. *in l.* 2 §. *convenire. ff. de
jud.* quem allegat & sequitur Mynsing. *Conſ.* 23.
incip Est hæc causa. nu. 5.

Secunda defensio sive exceptio est de inepti-
45 tudine Libelli. Et sanè constat † exceptionem in-
epti libelli in causa etiam appellationis, ut à reis
jam appellātibus in suis gravaminibus est factū,
proponi posse, ut pluribus probat Bertach. *in Re-
pert. in verb. Libellus ineptus, nu.* 35.

Duplici autem ratione potissimum libellum
ineptitudinis arguunt. Prior est, quod diversi ge-
neris socii sint, qui contra reos in solidum agūt,
& alii simpliciter suam pecuniam in societatem
contulerint, & omnibus principalib. sociis simul
eam numerarint, alii vero seorsim suam pecuniā
uni atq; alteri ex principalibus sociis sub cōmu-
nicatione lucri & damni numerarint: Altera ve-
ro ratio est, quod libellus non sit in contractu
societatis fundatus, nec tamen ex alio contractu
potuerit formari.

Quod ad priorem rationem ineptitudinis li-
belli attinet, ponderanda sunt primum verba in-
strumenti de posteriori societate confecti. Nam
ita generaliter & indistincte, in toto eo instru-
mento non solum de principalibus, sed & de o-
mnibus aliis sociis, qui aut seorsim aut indiffe-
renter & promiscue in commodū societatis con-
tractæ pecuniā suam principalib. sociis numera-
runt, loquuntur, ut inter hos & illos non specia-
les socios nulla distinctio fiat, nec quicquam ex-
primatur, quod in his vel illis separatim sit ob-
servandum. Quæ a, semel generaliter placuerunt
& prolata sunt, illa generaliter † & indistincte 46
merito accipiuntur, *l si. in fin. C. de dot promiſ. l.* 1. §.
generaliter, ff de leg. præst. l. de pretio. ff. de publiciana.
Præterea verba † quælibet cum effectu accipien- 47
da sunt. *l.* 3 §. *hæc verba, ubi Dec. n.* 1. *ff. quod quisq. ju-
ris.* Menoch. *Conſ.* 63. *n.* 3. Cravet. *Conſ.* 105. *n.* 7. Id-
eoq; cum indistincte ii etiam socii appellati sint,
in hoc publico societatis instrumento, qui cum
commodo totius societatis uni ex principalibus
sociis tantum suam pecuniā numerarunt, meri-
to cum effectu pro veris sociis habendi sunt, cū
præsertim talia debeāt esse subjecta, † qualia præ- 48
dicata demonstrāt. Textus est *in l.* 3. *in pr. ff. de fun.
inst. & in l si defensor.* § *qui interrogatus. ff. de interrog.
act* § *præterea. Inst. de inutil. stipul. c. inter dilectos de fi-
de instrum. ubi gloss. in verb. nequivisset.* late Euerard.
in loco à nomine dignit. off. vel appellat. nu. 3. & 4.

Hinc manifestum fit, nihil pro reis facere il-
lud, quod regulari jure dici solet, socius † socii 49
mei non est meus socius *l. Nā socii mei. ff. pro socio.
l. consilii.* §. 1. *ff. de reg jur.* cū hæ leges de hujusmodi
socio loquantur, qui peculiarem societatē ita cū
socio meo contraxit, ut nihil mihi cū eo negocii
fuerit, & socium mihi esse nolui, ut apparet, *ex l.
qui admittitur. ff. pro socio.*

Porro reperiuntur in societatis posterioris in-
strumento inter cætera & hæc verba: Solche
Hauptſumma Gelts eines jeden ſoll keiner auß
vns in der Zeit zu mehren noch zu mindern ohne
Bewilligung anderer Geſelſchafften macht ha-
ben. Quibus verbis evidenti & perspicua con-
ventione principalibus sociis placuit, ut ne
quidem augeri sors ab aliquo posset sine con-
sensu reliquorum. Unde cum hi principales so-
cii pro more certo habuerint, ut seorsum etiam
ad commodum communis negotiationis, sub
promissione communicationis lucri & damni
ab aliis pecuniam accipiēdo sortem suam auge-
rent, & cum extra omnem controversiam sit,
quod seorsum alicui ex principalibus sociis sub
pacto de communicatione damni & lucri dans,
& societatem sic contrahens in primis ejus soci-
sit, cui pecuniam numeravit, efficitur profecto
per supra dicta cōventionis verba & illud placu-
isse omnibus principalib. sociis ne à quo separa-
tim socius adsciseeretur sine reliquorū cōsensu.
Qui n. † vult antecedēs & cōsequēs velle cēsetur.
l. 1. §. 1.

l. 1 §. 1. ff. si usufruct. pet. & l. 3. §. qui habet. ubi Cast. ff. de servit. rust. præd. l. refectionis gratia. & ibi glossa. ff. commun. præd. DD. in l. 2. ff. de jurisdict. omn. judic. latè Euerard. in loco, à concessione anteced. ad concess. conseq.

Non dubium itaque est, quin cum omnium principalium consensu ad societatem contrahendam admissi sint illi, qui separatim contraxerunt cum uno ex his sociis, eiq; soli pecuniam in commodum totius & omnibus communis societatis conferendam & impendendam tradiderunt, ideoq; veri socii omnium principalium ex consensu ipsorum fuerunt, non minus quàm illi, qui non seorsum, sed omnibus principalibus sociis simul pecuniam numerarunt. Nam con-
51 sensu † societatem contrahi juris est vulgati, *l. qui admittitur. ff. pro socio. l. ut sit pro socio. cum l. seq. l. si margaritam. eod. tit.* Idque adeo verum est, ut taci-
52 tus † etiam consensus sufficiat ad obligationem ex societatis causa contrahendam, *textus est in l. si id quod quis. § fin. ff. eod. & in l. plane. ff. eod.* Notat hoc
53 præter alios Mudæus *in d. §. fin.* Et quod † socii mei socius meus non sit, id eam revera habet rationem, quod socius mihi esse non possit, quem constat me noluisse mihi esse socium, prout hâc disertis verbis tradit ipse Ulpianus *in d. l. qui admittitur. & ibidem num. 2.* hanc vivam, efficacem & veram rationem esse, ait Mudæus, & ostendit impertinentes esse rationes, quas quidam alii
54 adferre conantur. Ubi autem hæc † ratio cessat, ibi merito & illud jus cessat, quo negatur socius meus esse, qui mei socii socius est, *textus est in l. quod dictum ff. de pact. l. adigere. §. quamvis. de jure patron. cap. cum cessante. de appell. l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de leg. 2. cum similib.*

Cum igitur nô minus hi indistinctè omnium principalium sociorum socii fuerint, qui uni atque alteri ex principalibus sociis consensu reliquorum cum commodo totius negociationis suam pecuniam communicarunt, quam illi, à quibus pecuniæ numeratio omnibus principalibus sociis sine discrimine est facta, necesse est principales socii omnes utriq; sociorum generi æquè obligati fuerint, & obligationem ad heredes suos transmiserint, nec ineptus ulla ratione actorum libellus dici potest, qui adversus omnes reos sine discrimine fuit conceptus, si præsertim consideretur, quod post finitam posteriorem societatem communi opera & consensu in sorte, quæ apud eos mansit, ex una causa se obligarint, ut in ea libellus actorum sit fundatus, ut supra in secundo capite, in tertio requisito condictionis generalis est ostensum. Unde plura ad refutationem hujus objectionis adducere non esse opus existimamus, cum præsertim & ab Advocato actorum in probatoria sua scriptura in prima instantia quædam huc non parum facientia sint adducta.

Posterior autem supra adducta ratio, ob quã libellus actorum ineptus per reos dicitur, nulla jam confutatione indiget. Nam quod ex contractu societatis non sit actum, ipsi actores fatentur, & licet negent rei ex ullo alio contractu potuisse actoribus actionem competere, tamen demonstratum est à nobis supra in secundo capite in tertio requisito, respectu mutui, si non veri, saltem ficti & improprii rectè condictionem generalem certi per actores intentatam esse, & quod plus est, subsistere eorum intentionem per generalem certi condictionem posse ex æquo & bono, etiamsi detur nullo in contractu fundatum esse libellum.

Jam vero quod ad tertiam defensionem reorum attinet, rei in hac secunda instantia in gravaminibus suis, art. 19, 20. 21. 23. 24. objiciunt incertitudinem & obscuritatem sententiæ definitivæ in prima instantia latæ. Et quoad incertitu-
dinem, verum quidem est, certam † debere ferri 55
sententiam à judice, *§. curare. Instit. de actionib. l. 1. C. de sent. & interloc. quæ sine cert. quant.* & nullam esse eam sententiam, quæ incerta est, nullamque rem vel quantitatem designat, *l. prolatam. & ibi DD. C. de sent. & interloc. om. jud.*

Sed hic perpendendum est, quæ sit sententia
certa vel incerta. Sanè certa † sententia est non 56
solum ea, quę certam rei vel quantitatis designationem continet, sed & ea, quæ fertur per expressam relationem ad aliud quod certum est, *ut notatur in l. ait prætor. §. si iudex, & in l. in summa. ff. de re jud. l. 3. C. de sent. quæ sine certa quantitate.* Jason *in d. §. curare. num 5.* Facit quod relatum cum omni-
bus † suis qualitatibus contineri dicatur in refe- 57
rente, *l. asse toto. ff. de hered. instit. l. si ita scripsero. ff. de cond. & demonst.* Dec. *cons. 47. num. 2. cons. 434. nu. 5. cons. 532. num. 4.* Philip. Port. *cons. 98. contigit anno*
Domini. nu 3. Ideoque si judex † se quoad rem si- 58
ve quantitatem, retulerit in sententia ad libellũ vel alia aliqua, non habebitur sententia ejus pro incerta, *d. §. si judex.* ubi DD. & Jason *in d. §. curare. num. 36.* ubi illud ait esse indubitatum, non habita distinctione, ad quæ acta fiat relatio.

Jam verò ea sententia, quæ in præsentis causæ prima instantia est lata, licet non contineat certam rei designationem, tamen per verba, ihre geklagte Hauptgüter/ habet relationem ad quantitatem sive rem in libello expressam, ideoq; hæc sententia pro incerta haberi non potest.

Obscuram etiam non esse hanc sententiam, ipsi judices, à quibus est pronunciata, abundè post pronunciationem ostenderunt, dum petitam declarationem reis denegarunt, & satis claram ac perspicuam eam esse decreto suo affirmarunt. Porrò certi juris est, obscuram & du-
biam sententiam † ex libello declarari & per- 59
spicuam reddi, ut tradit Euerard. in loco, à libello ad sententiam, nu. 1. vers. hinc etiam est quod sententia, per textum & exemplum *in l. si præses. ff. de pœnis.*

Proinde etiamsi citra veritatis præjudicium daretur, hanc sententiam in iis verbis, völliglich vnd ohn abgang/ obscuram & dubiam esse, ut Rei obtendunt, tamen cum libello collata pro clara & perspicua habenda esset, nec aliud Dominis prioris instantię placuisse diceretur, quàm ut plene ac sine ulla diminutione ac detractioné singulis actoribus indistinctè sors sua restitueretur, prout eam nominatim in libello suo expresserunt & petierunt.

Quartã præcipua defensio reorum est, quod post annum, &c. 55. non fuerit renunciatum societati, quam non solum in primæ instantiæ actis urserunt, sed & in gravaminibus suis in secunda instantia productis, art. 26. & 27. repetie-

runt. Et sane in recedendo à societate adeò ve-
60 rum est † renunciatione in societatis contractu opus esse, ut necesse sit denunciari & intimari omnibus his, qui cum aliquo ex his jure societatis possunt contrahere, cum contrahentes sint incerti, ideoque proclama fieri, & edictum proponi debet, ut notat Anton. Gomez. *in suorum comment. variarumq; resolut. tom. 2. titul. de societate. num. 6. versic. unum tamen est.* Quæ sententia confirmatur per ea, quæ ad eundem locum in suis annotationibus tradit Emmanuel Soarez, & Jason *in l. stipulationes non dividuntur. num. 9. ff. de verborum obligat.* item Alexand. *in l. de pupillo. §. si plurium ff. de novi operis nunciat.*

61 Fallit tamen † hoc jus in iis terminis, in quibus nos versamur, quando scilicet societas ad certum tempus, quo finiri debeat, fuit restricta, ut & eo casu, quo sub modo vel conditione societas fuit contracta, ut tradit Anton. Gomez. *in d. tit. de societate. num. 6. vers. & adde quod hoc casu. & vers. nec obstant jura superius adducta.*

Est autem huic quartæ defensioni affine & illud, quod de divisione eorum, quæ in societatem fuerunt collata post annum, &c. 55. non facta, & de obligationum instrumentis, quæ nomine posterioris societatis actoribus per principales fuerunt tradita, non restitutis, à reis non solum in prima instantia, sed & in secunda objicitur. Sed hæc omnia eò potissimum spectant, eaque intentione à reis defensionis loco proposita fuerunt, ut ostendatur, societatem anno, &c. 55. nō fuisse finitam. Atqui nullam ab eo tempore amplius fuisse societatem, vel tacitā quidem, supra capite hujus consultationis secundo, in tertio certi condictionis generalis requisito fuit ostensum, & pluribus planum fieri posset, nisi, ut ibi diximus. ipsi Rei judicialiter & solenniter in secunda instantia, in postremo suo scripto, cujus inscriptio est, Warhaffte Verzeichnuß aller vnd jeden/etc. confessi illud essent. Unde corruunt omnia ea, quæ de renunciatione societatis omissa, de divisione necdum facta, de instrumentis ad societatis obligationem spectantibus, necdum restitutis fuerunt objecta, ut & alia omnia, quibus ostendere Rei voluerunt, societatem post annum, &c. 55. durasse.

62 Quinta reorum defensio est, quod novatio non præsumatur, † sed quod expresse id agi debeat, ut ab uno contractu in alium transeatur, & obligatio novetur. Quæ defensio actoribus multum obstare videtur, cum fundata sit in expresso jure novo, quod traditur *in l. final. C. de novat. & in §. præterea. Instit. quibus modis toll. oblig.* Et
63 est Doctorum communis sententia, † quod hoc jus adeo verum sit, ut generaliter nec ipso jure, nec ope exceptionis fiat novatio, nisi expresse id agatur, ut testatur Dec. *in consilio* 400. *numero* 1.

Faciunt tamen hujus causæ circumstantiæ, ut revera nec hæc exceptio sive defensio ad actorum intentionem infringendam sit efficax.
64 Nam in incompatibilibus † contractibus, quales sunt societas & mutuum, hodie etiam censetur facta novatio, etiamsi id expresse non agatur, ut consulendo respondit Dec. *d. consil.* 400. *num. 9. versic. & his stantibus.* Idem tenet Bald. *in dicta l. final. C. de novat. & consil. 318. volum. 1.* Gabriel Rom. *conclus. lib. 3. titul. de novat. conclus. 1. num. 60. versic. quarto limita.* Cagnol. *in priori repet. l. singularia. num. 103. versic. tu dicas.* ubi hanc limitationem communi Doctorum sententia testatur es-
se comprobatam. Atque inde † inter cætera ex- 65
empla adferre solent & illud, quod translatione debiti ex causa mutui facta in causam depositi fiat novatio, etiamsi id expresse non agatur, ut ait Bal. *cons. 128 vol. 2.* quem allegat Gab. Rom. *d. conclus. 1. num. 63.*

Proinde cum in nostris terminis de duobus agatur incompatibilibus contractibus, societate scilicet & mutuo, merito novatio censetur facta, etiamsi expresse ea de re non convenerit. Idque eo magis verum est, quod ex omissione communicationis lucrorum ex præstatione usurarum per continuum octennium facta, & ex aliis similibus certis conjecturis appareat, placuisse sociis, ut ab obligatione societatis recedentes novam aliquam obligationem constituerent. Nam in omnibus contractibus quantumvis nō incompatibilibus censetur novatio novo etiam jure facta, si ex certis conjecturis novatio colli-
gatur, † etiamsi expresse de ea re non fuerit actū. 66
Ita consulendo tenet Alexand. *consil. 13. versic. & istam opinionem. vol. 2.* item Socin. *in l. qui usumfructum. vers. & prædictam opinionem. ff. de verb. obligat.* Cyn. *in d. l. fin. C. de novat.* Purpur. *in l. certi condictio. §. si numos. vers. secundo infertur. ff. si cert. pet.* Dec. *d. cons. 400. nu. 2. vers. fatentur DD.* Gab. Rom. *d. conclus. 1. n. 57.* Cagnol. *in d. l. singularia. n. 102.* ubi plures alias auctoritates adducit, & affirmat, simul communiter DD. ita tenere. Quin dato quod nulla novatio unius obligationis in aliam certam esset facta, tamen ex ipso æquo & bono deberetur actoribus id, quod ad reos pervenit, ut in 1. & 2. cap. supra est ostensum.

Sexta exceptione sive defensione sua Rei in prima & secunda instantia urgent, æquum esse, & juri consonum, ut si restituenda sit singulis actoribus sua sors, saltem damni habeatur ratio,
quod † constante posteriori societate, & post 67
eam, occasione negociationis cupreæ contigit, secundum responsum Pauli, *in l. omne æs alienum. ff. pro socio. & ibi gl. item in l. sed nec æs alienum. ff. eod. tit. cum similib.*

Verum ut commode & perspicue hanc exceptionem, quæ magni in hac controversia momenti est, excutiamus, & an probata sit per reos, vel de jure adversus actores subsistat, videamus. Primum hic considerandum est, ad eos actores, qui G. S. heredes sunt, proprie eam non pertinere, etiamsi per reos sine discrimine omnibus actoribus opponatur. Nam hic de tali damno præstando & communicando agitur, quod post contractam posteriorem societatem, ab anno scilicet, &c. 53. accidit: G. S. vero priorem quidem societatem cum aliis contraxerat, sed ante renovatæ sive posterioris societatis tempus, anno scilicet, &c. 49. obiit, ideoque ab eo ad heredes respectu posterioris societatis nulla transiit obligatio. Nam etiamsi ei testamento suo placuerit, ut filii sui ab Arnstatensi negociatione cuprea sortem suam hereditariam non auferrent, sed ut

socii

socii hujus negociationis essent, tamen hæc vo-
68 luntas † patris efficere non potuit, ut socii redderentur, *l. nemo. ff. pro socio.* ubi Ulpianus, Nemo, inquit, potest societatem heredi suo sic parere, ut heres socius sit. Et Pomponius *in l. adeo. ff. eod.* Adeo, inquit, morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres succedat societati.

Porro ii heredes, G.S. qui in præsenti controversia actores sunt, eo tẽpore, quo posterior societas contracta est, pupilli fuerunt, & tutores habuerunt, ut ex actis colligitur. Proinde licet
69 regulariter de jure † heredes sociorũ novo consensu efficere possint, ut socii fiant, secundum textum expressum *in l. plane. ff. pro socio.* tamen his heredibus G.S. id sine tutoris auctoritate non licuit, *l. ut in conditionibus. ff. pro socio.* ubi Ulpianus
70 ait, pupillum † non teneri societate sine tutoris auctoritate contracta. Facit quod generaliter
71 traditur, pupillum † nullam obligationem sine auctoritate tutoris contrahere posse, *l. obligari. ff. de auct. tut. & in princ. Instit. eod tit. l. obligare. ff. de oblig. & act.* Quare etiamsi in instrumento de posteriore societate confecto generaliter horum heredum quoque mentio fiat, atque inde colligendum videatur, quod in hanc societatem cõtrahendam consenserint, tamen cum destituti eo tempore fuerint auctoritate tutoris, nullius omnino momenti is contractus fuit ad eos obligandum.

Neque vero quicquam obstat, quod iis non minus, quàm reliquis sociis lucra & commoda istius societatis communicata sunt, quia si expresse pupilli non possunt contrahere societatem, certe nec tacito consensu per communicationem scilicet lucrorum aut similem actum socialem rectè societatem cum aliquo coëunt, ne
72 plus operetur tacitum, † quàm expressum, *l. qui ad certum. ff. locati.* & ita in terminis tradit Bartol. *in l. Titium & Mavium, §. altero. ff. de admin. tut. & in l. si patruus. C. communia utriusq; jud.* Craverta *consil. 286. col. 1. vers. ergo multo minus.* Quinimo tenebantur socii principales omnia lucra & commoda his heredibus pro rata suæ partis æque ac ullis aliis sociis communicare, utcunque hos heredes obligare societatis contractus non potuerit. Nam indubitati juris est, quod pupilli melio-
73 rem † quidem conditionem suam facere possint, etiam sine auctoritate tutoris, deteriorem vero non aliter, quam cum auctoritate tutoris, *textus est in pr. Inst. de auct. tut. l. pupillus. ff. de acquir. rerum dom. l. contra juris. ff. de pact. l. 2. de acceptil. cum*
74 *similib.* Atque hinc est, quod pupilli † in omnibus iis causis, ex quibus mutuæ nascuntur obligationes, ut emptionibus, venditionibus, locatione, conductione, mandato, societate & similibus, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur, at invicem pupilli non obligantur, ut ait Justinianus *in princ. & vers. unde in his causis. Inst. de auct. tut.*

Quod autem auctoritas ulla tutorum in hoc contractu societatis intervenerit, nulla in parte actorum per reos probatum esse videmus, nisi quod instrumentum aliquod nu. 1. signatum, ab iis in prima instantia producatur, ex quo appareat, longe post initum contractum, anno scilicet, &c. 54. tutores suam auctoritatem ad comprobandum id, quod à pupillis factum erat, interposuisse. Hujusmodi autem auctoritas nullius est momenti, sed necesse est, ut auctoritas
sive † consensus tutorum in ipso negocio inter- 75
veniat, *l. obligari. §. tutor. ff. de auct. tut. § pen. Inst. eod.* Jason *in l. si quis. §. jussum. num. 25. Inst. de acq. heredit.*
Nam quæ sunt † solennitatis, in ipso actu inter- 76
veniant necesse est, *cap. auditis. cap. quia propter. de elect.* Auctoritas † autẽ pars est solennitatis, *l. qui-* 77
cunq; §. fin. ubi gloss. & Bartol. ff. de public. in rem act.
Porro paria sunt, † prorsus aliquid non fieri, vel 78
fieri quidem, sed non legitime, *l. quoties. ff. qui satisd. cog. cum similib.* Ideoque revera perinde est, ac si nulla unquam auctoritas ad hunc contractum accesserit. Idque eo magis dici debet, quod eo tempore tutores ad consensum suum & auctoritatem contractui per pupillos inito addẽdum adducti fuerunt, quo jam damnum, ut ipsi rei asserunt, cœperat contingere. Quinimo etiamsi aliqua ratione consisteret & valeret contractus per sæpe nominatos heredes G.S. factus, tamen per restitutionem in integrum merito adversus eum contractum juvarentur, cum constet etiam eos, qui pupillaris ætatis annos excesserunt, & minores sunt, in integrum restitui posse, idque † verum esse, sive cum consensu cura- 79
toris, sive sine eo obligati fuerint, *textus est expressus in l. si curatorem habens. C. de restit. in integr. & in l. 1. & per tot. tit. ff. de minor. item in cap. restitutus. de restit. in integ.* Atque id notant Odofred. Cyn. Alb. Bald. Paul. Salyc. & communiter alii DD. *in d. l. si curatorem habens.* Quod quidem adeo juris
rationi consonum est, ut minores † non solum 80
propter damnum emergens, sed etiam propter lucrum cessans in integrum restituendi esse dicantur, *per textum in l. ait prætor. §. fin. ff. de minorib. ubi id etiam communiter notant DD. & facit textus in l. non omnia. ff. eod. ubi item DD. id tradunt.* Idem tenet & multis illustrat Anton. Gomez. *comment. tom. 2. cap. de rest. minor. num. 1.*

Unde non dubium est, quin etiamsi minores fuissent hi omnes heredes, tamen propter restitutionem in integrum iis in hoc judicio concedendam, contractus societatis per illos initus, quoad ipsorum obligationem in effectu pro nullo esset habendus, cum præsertim hanc etiam restitutionem petierint.

Neque vero obstat, quod non principaliter, sed incidenter restitutio in integrum per eos fuerit petita, si nimirum ipso jure non juvarentur: Quia certi juris est, quod restitutionis in in-
tegrum ratio † sit habenda à judice, etiamsi tan- 81
tum incidẽter per viam exceptionis vel replicationis ea in judicio petatur, *arg. l. Papinianus. §. si filius. ff. de inoffic. testam.* & ibi notant & commendant communiter DD. & facit textus *in l. si quasi. C. de non num. pec.* Atque hanc sententiam sequitur & pluribus probat Anton. Gomez. *d. tit. de restit. minor. num. 8.*

Atque his ita præmissis quoad personas eorum actorum, qui heredes sunt G.S. jam videndum est, an probatio damni, quod post annum, &c. 53. cœpit accidere & emergere, ita sit per reos facta, ut saltem reliquis actoribus, qui G.S. non sunt heredes, obstet, eosque ad admitten-

dam detractionem pro rata suæ sortis obstringat, cum Rei per rationum codices & registra à se producta, & supputationem ex iis per quatuor arbitros seu calculatores communi consensu partium admissos factam legitimè eiusmodi damnum docuisse videantur.

Plane si ponderentur, & cum hac probatione conferantur ea, quæ adversus eam pro his actoribus faciunt, apparebit non obscure, quod ea in præsenti controversia nullius vel exigui momenti sit, nec illud operari possit, quod Rei volunt & urgent.

Primum enim perspicue ex actis constat, toto posterioris societatis tēpore nihil aliud quam lucrum sociis communicatum esse, idque cumprimis evidenter convincitur ex ea scriptura extracta, quæ nu.5. est signata, & per ipsos reos iudicialiter producta, in quo nulla damni facta mentione, merum lucrum annotatum est, quod tum prioris tum posterioris societatis tempore sociis fuit communicatum.

82 Atqui vero expediti iuris est, quod uno † cōtrariorum simpliciter in esse posito removeatur reliquum. Textus est notabilis *in l. si inter me & te. ff. de except. rei jud. & in l. Pomponius. §. si is. in fi. ff. de procur. & in l. hæc verba ille aut ille. circa pr. ibi, aut dies est, aut nox. ff. de verb. signif.* Facit & textus *in l. si ut certo. §. si duobus vehiculum, cum ibi notatis. ff. de acq. poss.* Præpos. & alii *in c. hospitiolum. dist. 32.* Sic si per
83 sententiam † pronuncietur, quod res aliqua sit mea, censetur etiam pronunciatum, quod non sit tua, ut apparet *ex d. l. si inter me & te.* Euerar. *in loco à contrariis nu.* 10. qui ibidem *nu.* 11. & 12. pluribus exēplis & iuribus hoc ius probat & illustrat.

Non est itaq; verisimile, quod, ut Rei volunt, eodem tempore damnum extiterit in negociatione, quo merum commodum ac lucrum inter socios fuit communicatum, cum præsertim so-
84 cietatis proprium sit, † ut simulatq; damnum aliquod emergit, id statim ad omnes socios pertineat, eorumq; sorti diminutionem pariat, *d. l. sed nec æs alienum. & l. omne æs alienum. ff. pro socio. & l. cum duobus. §. damna. ff. eod.*

Porro non semel post finitam posteriorem societatem, extraiudicialiter confessi sunt ipsi socii principales, eorumq; heredes, non constare de damno aliquo, quod cuprea negociatio Arnstattensis, cuius societas fuit contracta, passa esset. Nam H.W. qui unus fuit ex principalibus sociis, duabus suis sororibus sortem suam sibi restitui eo tempore petentibus, quo iam biēnium à finita societate posteriori effluxerat, respondit, nullum damnum esse metuendum, eaq; ratione illas eò adduxit, ut restitutionem sortis eo tempore ulterius non urgerent, ut ipsamet altera soror nomine Catharina in secundo examine testium nomine actorum in prima instantia facto deponit ad tertium art. elisivum, & ibidem addit, idem suo marito necnon sorori per eum responsum esse, Vnd daß ers mehrmals / vnd so offt er zu Felden bey jhnen gewesen / alsso vermeldt.

Licet autem hoc testimonium plenam fidem facere non videatur, ob eam causam, quod hæc fœmina sola id de H.W. fratre suo deponat, quatenus tamen de proprio facto testatur, quod scilicet ipsa cum eo de restitutione sortis suæ egerit, & supradictum responsum acceperit, eatenus plena fides eius depositioni adhibēda est.
Testis enim † unicus & solus de proprio facto 85
deponens in civilibus causis, plene probat *l. quæro. §. fi. ff. de ædil. ed.* per quem textum ita voluit Castrens. *in l. servos. C. de testib. & in l. quicunq;. in fi. C. de ser. fug.* Idem tenent Bal. & Salyc. *in l. si quis decurio: per illum text. C. de fals.* Carol. Ruin. *cons. 505. in causa vertente, col. 2. n. 4. lib. 4.* Idem in terminis consulendo tenet Dec. *cons. 342. nu. 1. vers. prima est.* Oldrad. *cons. 95. ex forma istius. col. penul. arg. l. Theopompus. ff. de dot. præleg.* Fran. Vivius *com. opin. lib. 1. in verb. testis unicus & solus.* ubi addit, quod casu eveniente iudicando & consulendo sequeretur hāc sententiam ut de iure verissimam. Et eam pluribus aliis auctoritatibus probat & tuetur Tiraq. *in tract. de utroq; retract. §. 1. glos. 14. num. 47. & 48.* Quib. accedit, quod in grauissimo & sacto Neapolitano iudicio secundum hanc sententiam iudicatū sit, ut refert Matt. de Afflict. *decis. 369.* Alphonsus de Parisio *num. 6. vers fuit conclusum per omnes Dominos.*

Jam quemadmodū ipse H.W. extra iudicium affirmavit de damno non constare, vel damnum non esse metuendum, sic & huius heredes de damno quicquam sibi constare, ne quidem anno, &c. 65. confessi sunt. Nam S.W. & Doctor C.A. in literis, quas eo anno die Jouis post Dominicā Oculi ad S.H. dederunt, expresse fatentur, quod ne quidem usq; ad illud tempus ullum damnum potuerint animadvertere.

Accedit his & confessio facta à C F. qui non solum principalis fuit socius, sed & codicibus rationum & registris totius negociationis præfuit. Nam & de huius confessione supradicta soror H.W. deponit ad actorum elisivum art. quartū & quintum, & ait, Daß er C. jhr mit einem Schwur betheuwret / es sey kein verlust noch schade im Arnstattischen Handel vorhanden / so könde einem jeden sein Gelt mit sechß pro cento verzinset werden. Quam depositionem quoque de proprio facto testis esse observandum est, cum ipsi testi hoc responsum sit datum, & ipsamet in suis ædibus cum C. egerit, & cupierit ex eo de sorte sua aliquid certi cognoscere, ut ad eosdem articulos testatur. Ideoq; in hoc etiam testimonio locum habent jura, quæ de depositione eiusdem testis supra sunt allegata.

Eò autem maior fides huic testimonio adhibenda est, quod constet, eundem C. & fratrem eius S.F. suo sigillo confirmasse, nova obligatoria instrumēta ab heredibus H.W. dictis sororibus eius concessa, in quibus ita heredes H.W. loquuntur, quasi de nullo constiterit damno, dum præsertim sortē earum salvā fore promittūt, seq; resarcire velle damnum affirmāt, si ꝗ accideret.

Præterea in literis paulo ante mortem suam, anno, &c. 61. 20. Februarii ad heredes H.W. datis, & sua subscriptione & sigillo confirmatis C. F. scribit, Daß sie die Wolckensteinische Erben der Frawen Christoff Hallerin die zwölff hundert Gülden in Goldt / welche sie vnder Wolckensteinischen Posten ligen gehabt / erlegen solten. Et addit, quod hęc sortis plena restitutio sine ipsorum jactura fieri possit.

Neq; vero ideo minor fides huic epistolæ adhiben-

hibenda est, quod ægrotante C. F. & nono die ante eius mortem fuerit scripta: quia non ita ægrotavit eo tempore, ut non sanæ mentis fuerit, prout ipsi Rei in actis tacite fatentur, dum non omnino negant, eum sanæ mentis fuisse. Et licet expresse illud negassent, tamen illud non suffecisset, sed liquido probare debuissent, cū unus-
86 quisq; † præsumatur sanæ mentis fuisse, donec docetur contrarium, *l. non codicillum, C. de testam. l. 2. C. qui testam. fa. poss.* Alciat. *præsumpt.* 38. *reg.* 1.

Cum itaq; hęc ita se habeant, constat ipsos etiam principales socios post finitam societatem diversis temporibus confessos esse, quod nullū existeret damnum, nec ullum metuendum esset. Atque hæc confessio eo maiorem fidem contra reos facit, quod geminata ac multiplicata fuerit.
87 Nam cōfessio extraiudicialis † geminata vim habet confessionis factę in judicio, secundum glos. notab. *in l. capite quinto. ff. ad l. Jul. de adult.* & Bar. *in l. cum scimus, C. de agr. & cens. lib.* 11. Afflict. *decis.* 37. *nu.* 5. Maran. *in Spec. part.* 6. *tit. de confessione, num.* 15. Myns. *cons.* 18. *n.* 27. ubi auctoritates alias adducit, ut & Euerard. *in loco, à vi geminationis, nu.* 15. Judi-
88 cialis vero confessio † superat omnes alias probationes, ut notant DD. *in l. cum te. C. de transact. & in l. eum qui. ff. de jurejuran. cum similib. supra allegatis.*

Ex quo consequitur, quod contraria probatio actorum superet probationem damni per reos factam, si præsertim ponderetur etiam extracta scriptura nu. 5. signata, & ab ipsis reis judicialiter producta, in qua nulla damni alicuius facta mentione merum lucrum annotatum est, quod ex societate perceptū sit ab anno 40. usq; ad annum 55. quo societas posterior finita est.

Plane vel eo nomine efficacissima est hæc actorum probatio, reorumque probationem infringit, quod nō una sit juris præsumptio, quæ p
89 actorib. pugnat, cum præsumptiones † iuris per se probationes liquidissimæ esse censeātur, *l. licet Imperator. ff. de leg.* 1. *gl. in l. si tutor. ff. de peric. tut.* Hyppol. late *in l. fin. in pr. ff. ad l. Corn. de sicar.* Cacheran. *decis.* 58. *nu.* 14. *cum similib.* Neq; obscuri iuris est,
90 quod duæ † præsumptiones iuris simul iunctæ plenam probationem faciant, *gl. in l. instrumenta. C. de probat. & in cap. cum dilectus. de success. ab intest.* Calcan. *cons.* 8. *col.* 5. *circa medium*, refert & sequitur Cravet. *cons.* 143. *n.* 12. & *cons.* 158. *nu.* 11.

Quod autem iuris non una præsumptio reis obstet, & actorum probationem iuvet, ex huius causę circumstantiis diligenter ponderatis, & cū iure collatis non obscure liquet. Nam primum constat ex actis, post finitam societatem ipsam sortem, nulla habita ratione alicuius damni, ac sine ulla diminutione restitutam esse quibusdam ex sociis, ex quibus S. H. post longam conflictationem cum eo in prima instātia habitam, ita sors sine diminutione soluta est, ut sententiæ iudicum quoad eius personam acquievisse videantur.
91 Atqui de iure nemo præsumitur † rem suam iactare, *l. Campanus. ff. de op. lib. l. cum de indebito. ff. de probat. l. quæ dotis. ubi gl. & Bart. ff. sol. matrim.* Port. *cons.* 118. *nu.* 11. Unde apparet, iuris hic esse præsumptionem, quod aut damnum nullum extiterit, aut si aliquod acciderat, quod ad socios principales non spectarit.

Secundo, quod tacuerint principales socii, nec ullum damnum indicarint usque ad annum, &c. 62. ipsi Rei iudicialiter in responsione sua ad actorum additionalem art. fatentur. Præsumitur autem † de iure ob longam taciturnitatē contra 92
ipsum tacentem, nec verisimile est, quod tanto tempore tacuissent, si damnum ullum extitisset, quod omnes socios concerneret, ut colligitur *ex textu l. si quis forte. §. 1. ff. de pœn.* quem textum pro hac præsumptione adducit Oldrad. *cons.* 183. *factum tale est, vacante ecclesia, col.* 3. Facit etiam textus *in cap.* 1. *ibi, cur tamdiu tacuit. de frig. & malef.* Idem tradit Bald. *consilio* 37. *quidam tabellio. in fin. lib.* 1. quem allegat & sequitur Cravetta *cons.* 148. *numero* 12.

Postremo vel ex sola usurarum præstatione continua per integrum octennium facta, præsumi, quod constante societate, vel post eam, dum ea duravit præstatio, damnum nullum acciderit, quod ad socios omnes spectaret, adeo verum est, ut de iure sortis † præsumatur stipulatio ex nuda 93
præstatione usurarum, ut tradit Bar. *in l. cum de in rem verso. nu.* 12. *vers. item præsumitur stipulatio sortis. ff. de usur.*

Ex quibus planum fit, non unam nec leves iuris presumptiones contra probationem reorum pro actoribus pugnare & efficere, ut probatio reorum nullam vim in hac causa habeat, si præsertim vel sola supradicta geminata sociorum confessio simul consideretur.

Et dato quod hæc contraria actorum probatio non maiorem vim haberet, quam quod tantum dubiam & ambiguam reorū probationem redderet, tamen actoribus revera non obstaret. Nam certi iuris est, dubiam † & minus certam 94
probationem non relevare probantem, *l. fuerit. ff. de reb. dub. l. duo sunt Titii. ff. de testam. tut. l. ad probationem.* 2. *C. de probat.* Bar. & DD. *in l. inter stipulantem. §.* 1. *ff. de verb. oblig.* Cravet. *cons.* 218. *num.* 5. *consil.* 203. *n.* 25 *cons.* 276. *n.* 4. Ideoq; sufficit eius, qui probare tenetur intentionem dubiam reddere, ut colligitur *ex c. inter dilectos. in fi. de fide instrum. c. cum sint partium. de reg. jur. in* 6. Cravet. *d. cons.* 276. *num.* 4. ubi addit, quod etiam materia favorabili sufficiat probationem reddi incertam.

Porro etiamsi citra veritatis præiudicium detur & illud, subsistere probationem reorum, atq; ita quod damnum cōstante etiam posteriore societate revera contigerit, ita ab iis probatū esse, ut tamen contrarium non docuerint actores, tamen vel ob eam causam æquum est, & iuris rationi consonum talem probationem non nocere actoribus, quod in contractu † societatis summa & exuberans fides bona requiratur, ut ex- 95
presse rescribitur *in l.* 3. *C. pro socio.* & in quolibet contractu, præsertim vero bonæ fidei occurri debeat † fraudulentis machinationibus, ut scili- 96
cet mala fides & fraudulenta machinatio potius auctori noceat, quàm ulli alii, *c. super literis. in pr. de rescript. cap. quam gravi. de crim. falsi. c. eum qui. de præbend. in* 6. Port. *consilio* 25. *num.* 10. *consilio* 47. *numero* 25.

Jam vero hoc casu, quoad damnum, non esse bona fide actum à principalibus sociis, ex eo colligitur, quod contra pactum & id quod facere debuerunt, fecerint. Nam in dolo † versari cen- 97

sentur ii, qui contra pactum suum, & id, ad quod sciunt se teneri, agunt, *l. dolus. Mand. l. 1. §. est autem apud ff. depositi.* Alexand. *cons. 52. col. 2. vers. praeterea etiam ex pacto nudo. & cons. 84. colum. 2. circa fin. vers. praeterea dicti locatoris. lib. 6. l. tutor qui repertorium. ff. de administ. tut.* Cravet. *cons. 6. num. 96. cons. 75 numer. 6. cons. 100. num. 9.* ubi addit, pro eo facere textum optimum *in l. 1. C. de dolo. & in l. vendicantem. ff. de evict.* Parif. *cons. 34. num. 34. cons. 74. nu. 29. lib. 1.* Et quod dolum committat, qui contra pactum aliquid facit, apparet *ex l. 2. §. item quaeritur si quis. ff. de doli except.* quem textum pro hac sententia allegat & ponderat Cravetta *consil. 193. num. 3.* Principales autem socios post id tempus, quo damnum contigisse rei obtendunt, non fecisse id, quod facere debuerunt, nec pactum posterioris societatis contractui adjectum servasse apparebit ex instrumento hujus societatis, si cum eo conferatur, quod ab iis econtra factum est. Nam in eo instrumento haec posita sunt verba: Ob aber Gott der HERR verlust vber vns würde verhengen / so soll in vnserm gefallen seyn / denselben Schaden alsbald einem jeden an seinem Hauptgut / nach anzahl anzuschreiben / oder biß auff die nähere Rechnung lassen anstehen / oder aber / daß ein jeder sein gebührens alsbald mit baarem Gelt soll erstatten. Contra hoc pactum egerunt socii principales, & cum tria eo pacto alternative contineantur, nullum ex iis praestitum fuit, id quod quoad ea duo, quae ob verbum alsbald / confestim praestari contrahentes voluerunt, certissimum est, quod neutrum praestiterunt, cum illud fateantur ipsi rei, & ex actis evidentissime colligatur. Quod ad supputationem attinet, & illud ex actis perspicue constat, nullam factam esse, antequam ad praesentem litem res devenit.

Et vero ut detur, quod Rei, quemadmodum objiciunt, se post annum 62. atque ita ante hanc controversiam se obtulerint ad supputationem, nihil tamen hoc obstat, quo minus contra supradictum pactum esse factum dicatur. Nam licet supra posita verba contrahentium generaliter de supputatione sint concepta, nec eam ad certum tempus restringant, tamen per ea verba, quae antecedunt, in vers. Wir sollen vnd wollen diesen vnsern Handel / rc. expresse huiusmodi restrictio facta est, & placuit, ut anno finito fieret

98 supputatio. Praecedentia † autem declarant sequentia. *l. si servus plurium. § 1. ff. de leg 1. l. qui filiab. ff. eod. l. utrum. ff. de petit. hered. gloss. fin. in l. fin. §. cui dulcia. ff. de vino trit. & ol. leg.* Bartol. *in l. alimenta. ff. de alim. & cib. leg. & in l. quisquis ff. de leg. 3.* Dec. *consil. 425. num. 16.* Port. *cons. 40. nu. 21. cons. 55. nu. 76.* Cacheran *decis. 167. num. 8.* Praeterea expediti iu-

99 ris est, quod alternatio † semper praesumatur esse inter aequalia, aut saltem parum distantia. Textus est notabilis *in l. 1. secundum unam lecturam. ff. de reb. dub.* Euerard. *in loco à nat. alternat. num. 13.* ubi id exemplis & pluribus confirmat auctoritatibus. Restringenda est itaque alternatio in verbis, oder biß auff die nähere Rechnung / ad verbum, alsbald. Idque ita recte fiet, si ea non ad multos annos ab eo tempore, quo damnum contigit, elapsos, sed ad unius ac proximi anni spacium referatur, quod eiusmodi breve tempus minus distet ab eo tempore, quod nullam dilationem admittit, sed statim existit, & per verbum alsbald denotatur.

Quae cum ita sint, planum fit, fecisse principales socios contra pactum suum, nec actum esse, quod fieri debuit. Idque eo magis verum est, quod per expressum pactum & illud in posteriori societate contrahentibus placuerit, ut per principales socios id omne ageretur, quod esset omnibus sociis sive toti negociationi utilissimum, *ut apparet ex d. instrumento hujus societatis in d. vers.* Wir sollen vnd wollen. Cuius summae utilitatis non fuit ratio à principalibus sociis habita, dum nec constante societate, nec ea finita, nulla supputatio ab iis est facta, & usque ad annum sexagesimum secundum ne oblata quidem, item dum de damno nihil omnino reliquis sociis fuit indicatum, etiamsi id anno, &c. 55. coepisset contingere, ut Rei obtendunt.

Consequitur igitur, quod minus bona fide, sed potius fraudulenta aliqua machinatione sit actum à parte reorum, cum praesertim † vel ex solo eo, quod quis taceat, nec indicet illud, quod merito indicandum esset, dolus de iure praesumi dicatur. Textus est *in l. quaeritur. §. si venditor. ff. de edil. edict.* Innoc. & DD *in cap. cum dilecta. de rescript.* Castrens. *cons. 411. viso facto & dubiu. colum. 1. lib. 1.* Alexand. *cons. 14. col fin. lib. 5.* Corn. *cons. 190. col. 6. vers. tamen in casu nostro. lib. 2. cum similib.* quae late adducuntur ad confirmationem huius sententiae à Cravetta *cons. 142. num. 20.* 100

In nostro autem casu non solum non fuit indicatum id, quod indicari quibusdam aliis debebat, sed & affirmatum fuit contrarium, sive illud, quod iam verum esse ipsi Rei negant, damnum scilicet aliquod existere, ut de confessione sociorum principalium non semel facta, quoad damnum, supra est ostensum. Nec obscuri iuris est, † quod in dolo censeatur versari is, qui dicit & affirmat, quod non est verum, *l. si quis affirmaverit. ff. de dolo.* Bartol. *in l. procurator qui pro evictione. ff. de procurat.* Cravet. *cons. 2. nu. 13. cum similib.* 101

Cum itaque ex his omnibus appareat, non bona fide, sed fraudulenta aliqua machinatione principales socios quoad damnum, quod constante posteriore societate coepisse contingere, Rei obtendunt egisse, consequitur, etiamsi citra veritatis praeiudicium detur per reos damnum plene probatũ esse, nec per actores ullã probationẽ contra esse factam, tamen probationẽ reorum praeiudicare aut nocere actoribus non debere, iudicumque officium esse, ut reorum intentioni occurratur, ita ut Rei non ex parte, sed in solidum damnum ferre cogantur: cum praesertim constet, aliquem † in solidum, ubi prius in partem tantum tenebatur, condemnandum esse, vel ob eam solam causam, quod interrogatus non respondeat id, quod verum est, *l. de aetate. §. si cum esset. ff. de interrog. act.* ubi id Bartol. notabiliter tenet. Idq; summopere hic ponderandum est, cum praeter alia indicia malae fidei hoc indicium cum primis hic locum habeat, quod socii principales interrogati aliquando responderint id, quod iam verum esse negant ipsi Rei. Et licet huiusmodi responsio sive confessio non fuerit in iudicio facta, tamen, ut iam supra dictum est, 102

quia

quia geminata fuit, & quidem diversis temporibus pro judiciali habenda est.

Quod ad septimam & postremam præcipuã exceptionem Reorum attinet, objicitur à Reis quod cum iis debuerint per actores etiã H. W. heredes judicio conveniri, cũ & is unus ex principalibus sociis fuerit. Contra hanc exceptionẽ replicãt actores statuto octavo Noricæ reformationis sub tit. 18. expresse contineri quod extraneis creditorib. singulis in solidũ solvi debeat. Et tantum abest ut rei illud hoc statuto cautũ esse negent, ut in suæ cõclusionis scriptura ipsimet idẽ ex eodem statuto allegent. Unde constat ex ipsorum reorum judiciali confessione de tenore statuti, quo contra hanc postremã exceptionem reorum actores se fundãt. Quin autẽ hoc statutũ
103 valeat non est dubium, cum præsertim † in iis
quæ non sunt contra bonos mores vel similibus majorem vim habere soleat statutum quã si per pactũ aliquid placeat secũdũ ea quæ notat Euerard. in loco à pacto ad statutum nu. 11. Ideoq; æque vel potius magis socii extraneis creditoribus teneantur quam si expressa conventione ita inter eos & extraneos convenisset.

Quod autem actores extranei creditores reorũ sint, ex eo abundè apparet, quod ex nova obligatione sive causa eos post finitã societatem cõmuniter sortẽ retinentes & usuras per integrum octẽnium præstantes sibi obligatos habeant, ut in secundo hujus consultationis capite est ostensum. Ideoq; breviter nec hanc reorum exceptionem actoribus obstare cẽsemus. Atq; sic discussis ordine iis reorum exceptionibus, quas præcipuas esse existimamus, & sub quib. alia maxima ex parte comprehendi potuerunt, apparet actorum intentionem per eas elisam non esse.

Restat ultimum caput de interesse scilicet, quod ab actoribus petitum est, & expensis litis. Et quidem quod ad interesse sive usuras attinet, primum observandum est, nos in terminis stricti juris contractus versari, cum mutuum
104 de † quo in hac causa agitur talis contractus sit.
l. aut si mutua ff. de eo quod cert. loco cum similibus. De-
105 inde certi † condictio generalis adeo stricti juris
actio est, ut licet non ex causa mutui sed ex alia causa & quidem ex contractu bonæ fidei intentetur, tamen actionibus stricti juris annumeretur secundum ea quæ notant communiter DD. *in l. certi condictio. ff. si cert. pet.*

Jam vero de stricti juris contractibus certi iu-
106 ris est quod † licet ex stipulatione dicantur in iis
usuræ deberi *l. quamvis. C. de usur. l. Titius. ff. de præscript. verb.* Tamen si nulla fuerit stipulatio interposita & res in judicium fuerit deducta, litisque contestatio secuta, à tempore litis contestatæ eas deberi. *l. lite contestata. ff. de usur. l. mora. §. in bonæ fidei. l. videamus. in princ. & in §. si actione. eod. tit. l. cum fundus, ubi Jas. Zas. & alij DD. ff. si cert. pet.* Atq; hanc communem esse DD. opinionem apparet ex iis quæ notat Pet. Costal. *ad d. l. videamus in princ.*

Quinimo quãdo usuræ ut interesse petuntur, haberi debet ratio temporis, quod à mora facta
107 effluxit, cum interesse † etiam in stricti juris ju-
diciis à tempore moræ peti possit. *l. si fundum. ff. de verb. obli.* facit summopere quod ex sentẽtia Ang. Raph. cum Alexã. Jasonis & recentiorum tradit Alciat. *in l. cum fundus. ff. si cert. pet.* Accedit his auctoritas Costalii *in l. ratio. §. si emptor. ff. de act. empti, & in l. videamus. ff. de usuris*, in quibus locis non solum generaliter tradit quod interesse peti possit in stricti juris judiciis à tẽpore moræ, sed & spe-
cialiter subijcit in hujusmodi † judiciis & fructus 108
ut interesse venire à die moræ, atq; idẽ notat Bar. *in d. l. videamus. & in l. si filius. §. fin. ff. de verb. oblig.* cũ
tamen fructus † si ut fructus petantur non nisi à 109
tempore litis contestatæ spectentur in stricti juris judiciis *d. l. cum fundus cum simili.* Et si in fructibus id admittitur, merito & in usuris idem obtinebit si petantur ut interesse. Nam usuræ vicem
fructuum † obtinent, nec à fructibus separantur, 110
l. usuræ. ff. de usur. Costal. ad d. l. videamus.

Atqui in præsenti controversia adeo usuratũ simpliciter non est facta petitio, ut actores solius interesse in conlusione sui libelli meminerint, atq; illud certi condictione generali cum sorte sua petierint à tempore moræ. Et sanè hodie † nõ 111
possunt usuræ ullæ aliter peti, quam ut interesse, cum solius interesse respectu sint concessæ. *c. salubriter. ubi cõmuniter DD. de usur. glos. & DD. in l. curabit. in verb. ratio. C. de act. empt. item DD. in l. 2. C. de usur.* Atq; hæc sententia communi DD. sententia est comprobata teste Corn. *Cons. 145. nu. 7. vol. 2.* Roland. à Valle *Cons. 17. in pr. tom. 2.* Quam materiã egregiè & late persequitur Carol Molinæ in *tract. de contract. lib. usur. nu. 25. cum sequentibus.*

Quare censemus actores in prima instantia non male petiisse interesse à tempore moræ à reis factæ, & potuissent rei in prima instantia non solum ad sortis sed ad interesse solutionem condemnari.

Quia tamen rei in prima instantia à petitione interesse absoluti fuerunt, & actores huic sententiæ acquiescentes in secunda instãtia expresse non aliud interesse petierunt, quam quod à tempore appellationis percipi æquum & juris rationi consonum esse existimamus, ut non habeatur ratio vel moræ vel litis in prima instantia contestatę, sed illud solũ interesse quod à tẽpore appellationis percipi potuit iis simul cõcedatur.

Sequitur nunc ut ad alterum hujus postremi capitis membrum transeamus, & de expensis litis in causa appellationis factis aliquid adijciamus. Plane licet in prima instãtia inter partes ex certis causis litis expensæ sint compensatæ, tamẽ quo minus in hac secunda instantia compensari possint expeditum & indubitatum jus obstat, ex
quo in prima † instantia succumbens, si iterum 112
in secunda succumbat semper & indistinctè in expensis condemnari debet, sive ex iisdem, sive ex novis actis & probationibus condemnatio in secũda instãtia fiat, ut præter alios tradit Baptista Asinius *in pract. §. 32. c. 2. ampl. 6. n. 3.* & Lanfran. *in tract. de expens. nu. 14. vers. juxta præmissa* Marsil. *in l. patre vel marito. ff. de quæst.* Cujus juris ratio est, quod justam litigandi causã habere quis nõ præsumatur ex quo cõtra eũ prima sentẽtia lata fuit, ut inquit Corn. *Cons. 181. nu. 19. lib. 3.* ubi & communẽ hanc conclusionem esse testatur.

Quinimo nõ obscuri juris est, eum etiam, qui
in prima instantia † causam obtinuit, in expensas 113
condemnandum esse, si non ex novis, sed ex iisdem actis in causa appellationis succũbat, juxta glos.

gloss. in *cap. ignorantia. de reg. jur. in 6.* Imol. & Hostien. *in cap. finem litibus. de dolo & contum.* Bartol. *in l. generaliter, §. sin autem. C. de reb. cred.* Angel. *in l. negociorum. in princ. col. pen. de appellat.* Jason *in l. properandum. §. sin autem alterutra. num. 24. C. de jud.* Lanfranc. *in tract. de expens. num. 9.* ubi dicit, hanc esse communem DD. sententiam. Afin. *in pract. d. §. 32. ampl. 6. in prin.* Atque ita etiam in Camera Imperiali observari, testatur Mynsing. *obs. 89. cent. 2.*

Quanto magis itaque in præsenti causa, in cujus prima instantia Rei succubuerunt, condemnari debent in expensas in causa appellationis factas, cum nihil novi sit adductum, ex quo condemnatio in re principali est facienda, ut ex iis, quæ breviter in secunda instantia sunt disputata & acta, abunde patet. Et licet daretur, quod in secunda huius causæ instantia novæ probationes per actores essent factæ, nec tam primæ instantiæ actorum, quam novarum probationum sive actorum respectu succumberent, iterum appellantes, tamen in expensas in hac secunda instantia factas condemnandi essent secundum iura supra adducta.

Atque his quidem omnibus ita excussis, non obscure iam apparere putamus, quemadmodum in præsenti appellationis causa sententia de iure ferri debeat, nimirum bene à prioris instantiæ iudicibus iudicatum & malè appellatum esse per I. T. & consortes reos, atque eosdem in interesse à tempore appellationis & expensas litis in secunda instantia factas, esse condemnandos.

Decanus & cæteri Doctores Facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi.

CONSILIUM XII.

Quod est

REGNERI SIXTINI J. U. D.

SUMMARIA.

1 *Notarius quod facit, non præsumitur proprio motu & authoritate, sed ex alterius voluntate, qui eum actui adhibuit, facere.*

2 *In donatione inter vivos & aliis contractibus, si testes adhibeantur, duo sufficiunt.*

3 *Donatio inter vivos, etiam nullis adhibitis testibus, subsistit, modò à donatore vel aliis ejus nomine subscripta fuerit.*

4 *Præsumuntur ea esse facta, quæ communiter fieri consueverunt.*

5 *Donatio inter vivos esse non præsumitur, quando mortis mentio à donatore fit.*

6 *Testamentorum tantus est favor, ut in dubio pro iis sit judicandum.*

7 *Publicè interest, ut ejus, qui testamentum condere voluit, dispositio effectum sortiatur.*

8 *Donatio ob benemerita facta, in dubio præsumitur esse donatio inter vivos.*

9 *Donatio inter vivos esse censetur, si donator voluerit donationem esse irrevocabilem.*

10 *Idq; adeò verum est, ut talis actus pro vera irrevocabili donatione habeatur, etiamsi in testamento fiat.*

11 *Verba geminata magnam vim habent, & enixam voluntatem, & intentionem agentis arguunt.*

12 *Testamenta fieri solent non de iis, quæ quis se adhuc superstite, sed post mortem fieri velit, & relicturus est.*

13 *Animus hominis in quolibet actu non solum verbis, sed & actu declarari dicitur.*

14 *Plus esse censetur factis quàm verbis animum declarare.*

15 *Heredis institutio est caput ac fundamentum testamenti, & ex ea vim suam testamentum accipit.*

16 *Etsi quis, septem testibus adhibitis, dispositionem aliquam facit, eamq; testamentum appellat, tamen ea non censetur esse testamentum, si heredis institutio in ea non inveniatur.*

17 *Testamentum omne scriptum est, aut non scriptum.*

18 *Testantium voluntates liberrimæ esse, nec ab alieno arbitrio dependere debent.*

19 *Donatio eo magis in dubio præsumitur inter vivos fieri, quando fit ab eo, qui non ægrotat, sed omnino firma est valetudine.*

20 *Verba, contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus.*

21 *Dispositio qualibet ita accipi debet, ne contrarietatem inducat.*

22 *Vt testamentum factum esse dicatur, & subsistat, necesse est testes esse rogatos. Secus est in actibus inter vivos.*

23 *Interpretatio in dubio ita in quolibet actu fieri debet, ut potius valeat, quam pereat, & nullus reddatur.*

24 *Donatio in dubio potius pro donatione inter vivos, quàm donatione mortis causa habenda est.*

25 *Quæ abundant, nec ad actum necessario requiruntur, non obsunt, nec vitiant, si nihilominus adhibeantur.*

26 *Quæ abundant & supervacanea sunt, hodie pro majori cautela, & ad omnem cavillationem eo magis evitandam fieri, & actui alicui adjici solent.*

27 *Testes septem necessarii sunt in testamento, sive scriptum sit, sive nuncupativum.*

28 *Præsumptiones plures elidunt & vincunt pauciores.*

29 *Præsumptiones fortiores præferuntur debilioribus.*

30 *A conjectura, quæ inde, quod mentio mortis in donatione facta sit, sumitur, facile receditur.*

31 *Ex forma actus colligitur, utrum sit testamentum, an alius actus.*

32 *Donationi inter vivos semel factæ standum est, nec per pœnitentiam inde recedi potest.*

33 *Donatio inter vivos semel facta, adeo firma & perfecta esse censetur, ut conditionalis postea fieri nequeat, & ne quidem prætextu Rescripti Imperialis revocari queat.*

34 *Eo firmior est, & magis servanda donatio, si expresse se donator adstrinxerit, quod eam revocare nolit.*

35 *Donatio inter vivos filio in potestate patris existenti facta, non subsistit.*

36 *Hoc jus fallit eo casu, quo donatio talis morte patris confirmata est.*

37 *Liberi naturales, cum non sint nati ex justis nuptiis, non sunt in potestate patria.*

38 *Donatio inter vivos naturali filio à patre facta, statim valet.*

39 *Donatio inter vivos excedens quingentos aureos, non valet sine insinuatione.*

40 Do-

40 *Donatio inter vivos, etiamsi civitati, vel Ecclesiæ, vel ad pias causas, vel etiam inter propinquos fiat, tamen indiget insinuatione, si excedit quingentos aureos.*

41 *Donatio quingentos aureos excedens, etiamsi non insinuetur, tamen quoad eam summam, quæ non excedit quingentos aureos. subsistit & firma manet.*

42 *In donatione quingentos aureos excedente, tales aurei considerantur, quorum 72. unam auri libram conficiunt.*

43 *Donatio remuneratoria & ob benemerita facta, non eget insinuatione, sed sine ea valet.*

44 *Merita debent probari, nec statur assertioni donantis.*

DUæ mihi de actu per nobilem virum G. à C. anno 1550. celebrato, & instrumento super eo actu confecto, proponuntur quæstiones, quarum prima est, utrum talis actus illudque instrumentum pro testamento haberi debeat, an vero pro donatione inter vivos? Secunda est, an idem actus per testamentum, quod postea est conditum, legitime sit revocatus? Ad primam quæstionẽ quod attinet, actũ, &c. 50. anno celebratum, pro testamento habendum esse, prima fronte videtur. Nam à Notario aliquoties testamentum sive testamenti instrumentum appel-
2 latur. Illud à Notario non † præsumitur factum proprio motu & authoritate, sed ex voluntate eius, qui Notarium adhibuit, juxta not. per Bald. *in l. errore. colum.* 1. *C. de test.* ubi dicit, quod quicquid est scriptum, videtur esse scriptum de mandato eius, qui rogavit tabellionem, Salicet. & Paul. de Castr. *in l. quoties. de hered. instit.* ubi tradunt, quod Notarii intelliguntur scribere, quod testatores voluerunt, Roland. à Vall. *consil. 61. numer. 64. lib. 2.*

Deinde plures testes sunt adhibiti, quàm in
3 donatione inter vivos requiruntur. In hac † enim perinde ac in reliquis contractibus duo testes sufficiunt, *l. ubi numerus, ff. de testibus.* Quare cum in nostro casu plures testes sint adhibiti, coniectura inde certa sumi posse videtur, non donandi inter vivos, sed condendi testamenti animum G. à C. habuisse, cum præsertim adeo, quoad donationem inter vivos verum sit, eam ex peculiari numero testium non dependere, ut subsistat, etiamsi nulli † testes
5 fuerint adhibiti, modò à donatore vel aliis eius nomine subscripta fuerit, *leg. vlt. & leg. in donationibus, Cod. de donat. l. in extraneos, Cod. eodem.*

Asserit etiam ipse G. à C. ideo actum illum à se fieri, ne sine testamento reperiatur ex hac vita decessisse. Præsumendum igitur est, voluisse eum testamentum condere, cum præsertim & usitatum sit, ut homines ante mortem suam testamento aliquo voluntatem suam testatam fa-
4 ciant. Quæ enim fieri † consueverunt, facta præsumuntur, gloss. *in l. neq; natales. Cod. de probat.* Cravet. *consil. 6. num. 23. Dd. in l. ut liberis. C. de collat. & c. cum M. Ferrariensis. de constit.* Nicol. Euerhard. *in loc. ab usitat. nu. 345.*

Accedit his, quod à prædicto G in eodem a-
5 ctu etiam facta sit mentio mortis, & non † habeatur actus pro donatione inter vivos, quando mortis mentio in eo à donante fit, Bald. *in consil. 108. in dubio 4. lib. 3.* Dec. *consil. 305. num. 1.* Paris. *consil. 16. num. 7. lib. 2.* Roland. à Valle *consilio 61. num. 5. lib. 2.* idque communiter à Doctoribus comprobatum esse, testantur Dec. *in l final. num. 20. Cod. de pact.* Jason *in l. quæ dotu. numer. 16. ff. soluto matrimonio.* & Clar. in *§. donatio, num. 4.* ubi & Paris. *consilio 16. numero 4. libr. 2.* idem de hac communi opinione attestantem allegat.

Denique tantus est favor † testamentorum, 6
ut in dubio pro iis sit judicandum, *l. si pars. ff. de inoffic. testam. Dd. in l. in testamentis. ff. de regulis juris.* Idque eo minus mirum est, quod ut eius, † qui 7
testamentum condere voluit, dispositio & voluntas effectum sortiatur, Reipublicæ interfit, *l. vel negare ff. quemadmodum testam. aper. l. Gallus. § si quis. ubi Bald. ff. de liber. & posthum.* Proinde & hic potius dicendum videtur, testamentum esse factum, quàm donationem inter vivos.

Sed è contra firmiores & multo plures rationes urgent actum & instrumentum illud, de quo hic quæritur, non pro testamento, sed pro donatione inter vivos habendum esse, ideoque in hanc contrariam sententiam ut saniorem, & Juri magis consonam, descendere malim, & secundum eam pronunciandum esse existimaverim. Primum enim ex prædicto instrumento manifestè liquet, quod G. à C. propter benemerita H. quorum in eodem instrumento mentio fit, illam, de qua nunc agitur, liberalitatem in eum contulerit. Hæc enim † merita in donatio- 8
ne inter vivos adeo considerantur, ut Bald. dicat *in l. si mortis. colum. 1. C. ad leg Falcid. in versic. quaro nunquid.* quod licet per hæc verba, Dono tibi post mortem meam, celebretur donatio mortis causa, tamen hoc fallere, si ex meritis præcedentibus aliud præsumatur, *l Seja. ff. de donat. caus. mort.* Et Baldum sequitur Tiraquellus *in repet. l. si unquam. in verb. largitione donatus. C. de revoc. donat. num. 53.* ubi inquit, quod licet Dd. *in l. quæ dotis.* hanc limitationem prætermiserint, tamẽ hæc non minus illis omnibus, de quibus à Dd. ibi agitur, si non magis notanda sit. Hæc ita refert & comprobat Roland. à Vall. *consilio 61. num. 4. lib. 2.*

Secundò G. à C. satis aperte ostendit, se nolle suam voluntatem revocari, adeo ut inter cætera diserte utatur verbo vnwiderrufflich. Quando vero donator † irrevocabilem esse vult suam 9
donationem, omnino præsumitur inter vivos donare voluisse, cum hæc eius clausulæ vis sit, ut quicunque ea utitur, censeatur inter vivos donare. Textus est *in l. ubi ita donatur. ff. de donat. caus. mort.* ubi ita tenent Bartol. & Dd. idem tradunt Alexand. *consil. 78. nu. 4. vol 4.* Ang. *cons. 179.* Rip. *resp. 9. colum. 3. part. 3.* Galiaul. *in l stipulatio hoc modo. num. 38. ff. de verborum obligat.* Ruin. *cons. 187. in fin. vol. 2.* Roland. à Vall. post multos alios à se allegatos *in cons. 8. n. 6. & 26. lib. 1. & cons. 61. n. 43. lib. 2.* Atque hanc sententiam communem esse, testatur Crot. *in d. l. stipulatio hoc modo. n. 78.* idem testantur Didac. Covarr. *ad rub. de test. in 2 par. post n. 11.* & Clar. *in § donatio. q. 4. n. 4.* ubi ait, Nattam *cons. 104. n. 5. & seq.* dicere, quod in hoc non reperterit contradicentem. Adeo vero hæc sententia

vera

10 vera est, ut actus † pro vera irrevocabili donatione habeatur, etiamsi in ipso testamento fiat, Socin. *ad rubr. ff. de leg. 1. nu. 420.* & Roland. à Vall. *cons. 61. nu. 3. lib. 2.*

Tertiò eò verius est ob verbum vnwiderruflich / actum hoc casu pro donatione inter vivos habendum esse, quod illud verbum geminetur
11 & repetatur. Verba enim † geminata magnam vim habent, & enixam voluntatem & intentionem agentis arguunt, *l. Balista, ubi Dd. ff. ad Trebell.* Bartol. *in l. cum scimus. C. de agric. & censit. lib. 11.* Alex. *cons. 54. nu. 67. lib. 1. & cons. 12. nu. 62. lib. 2.* Cravet. *cons. 105. num 4.*

Quartò, donationem inter vivos esse, convincitur etiam ex translatione quarundam rerum donatarum in donatarium vivente donatore ab eodem facta. Hæc enim propriè est dona-
12 tionis inter vivos qualitas, cum testamenta † fieri soleant, de iis quæ quis non se adhuc vivente, sed post mortem fieri velit & relicturus est, *l. 1. ff. de testam. cum simil.* Et cum G. se vivente res donatas in prædictum H. filium transferri, & ab eo possideri & haberi voluerit, ipseque eas in illum transtulerit, merito hic locum habet illud jus,
13 quo animus †. hominis in quolibet actu non solum verbis & facto declarari dicitur, *l. Paul*[illegible] *rem rat. hab. l. pro herede. l. recusari. ff. de acquir. heredit. l. cum in antiquioribus. C. de jur. delib. l. de quibus. 31. de legib.* Wesemb. *cons. 4. num. 65.* Bursat. *cons. 9. nu. 9.*
14 imo plus esse censetur † factis quàm verbis animum declarare, *cap. cum dilecti, & ibi gloss. verb facto provocare. de appell.* Anchor. *cons. 302. nu. 2* dicens, facta esse fortiora ad declarandam voluntatem hominis, quàm sint ipsa verba, Panorm. *cons. 116. num. 3, lib. 4.* Menoch. post multos alios *cons. 5. numer. 16.* Wesemb. *cons. 44. num. 62. cons. 4 num. 66. & consil. 38. num. 44.* late Tiraquell. *in retract. convent. num. 75.*

Quintò, si verba instrumenti diligenter considerentur, apparet in eo nullam esse heredis institutionem: Ubi autem non est heredis institutio, ibi quoque testamentum non est, cum here-
15 dis institutio † sit caput & fundamentum testamenti, & ex ea testamentum vim suam accipiat & subsistat, *§. ante heredis. & ibi Dd. Instit. de legat.*
16 Ideoque etiamsi quis septem † testibus adhibitis dispositionem aliquam faciat, eamque testamentum appellet, tamen ea testamentũ non est, nisi heredis institutio in ea inveniatur, Paul. de Cast. *in l. proxime. ff. de his quæ in test. del.* Cravet. *ad rubr. ff. de leg. 1. num. 71.*

Sextò, etiamsi vera heredis institutio expressa esset, tamen non posset dici, illum actum habere formam vel scripti, vel etiam nuncupativi testamenti, si præsertim etiam ad generalem consuetudinem Germaniæ respiciatur, neque ullo verbo asseritur, quod testamẽtum scriptum vel nuncupativum prædictus G. voluerit facere, ut nec clausulam codicillarem adjecit. Omne vero testamentum aut scriptum aut nuncupativum esse debet. Proinde cum neutrum ex his reperiatur, consequitur non esse testamentum, quod factum est, argumento sumpto ab enume-
17 ratione partium. Testamentum enim † omne aut est scriptum, aut nuncupativum, *§. ult. Inst. de testam. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. eod.*

Cum igitur actus, de quo nunc agitur, non sit testamentum, merito ut alterum eorum sit, de quibus quæstio proposita est, censebitur esse donatio inter vivos.

Septimò & illud hic attendendum est, quod G. consensum Elingiæ adhiberi voluerit, ut verba instrumenti ostendunt. Hujus enim consensu nihil fuisset opus, si testari G. voluisset, non vero inter vivos contrahere. Notum enim est, liberrimas † esse debere testantium voluntates, 18
nec eas ab alieno dependere arbitrio. *l. 1. C. de sacrosan. Eccles. l. quod si iterum. ff. de adim. & transfer. leg.* Cum itaque sciret testator, multa inter vivos fieri non posse, quæ in testamentis permissa sunt, nec tantum esse contractuum inter viuos favorem, quantus est ultimarum voluntatum, voluit in tanta inter vivos donatione uxoris Elingiæ consensum adhibere.

Octavò expendendum hic est & illud, quod G. cum celebraret actum illum, non ægrotaret, sed firma esset valetudine. Proinde eo verius est, eum potius † inter vivos filio H. donare, quam 19
per ultimam voluntatem, quod donavit, ei relinquere voluisse, secundum ea quæ notat Clar. *in §. donat. o. quæst. 4. num. 3.*

Nonò adducor verbis testamenti, quod postea condidit. In hoc enim testator prioris instrumenti mentionem faciens, neque testamentum illud appellat, neque hoc posteriori testamento se prius rumpere dicit, sed simpliciter ait, se id revocare, das er zuvor durch Siegel vnd Brieffe habe auffgerichtet. Unde facile apparet, testatorem ipsum pro contractu inter vivos actum illum habuisse. Verba enim † contraxerunt, gesserunt, non pertinent ad testandi jus, *l. verba 20. de verb. signif.* 20

Decimò, omnis dispositio † ita judicari debet 21
& intelligi, ne contrarietatem inducat, *cap. inter dilectos. §. cæterum. de fid. instrum.* Ruin. *cons. 76. nu. 4. volum. 1.* ubi dicit, quod contrarietas est vitanda, ubi potest juvari mediante aliqua distinctione vel probabili interpretatione, Zas. *cons. 13. nu. 14. lib. 2.* Cephal. *cons. 156 num. 23.* Cacheran. *decis. 23. num. 46.* Menoch. *de arbitr. judic. quæst. casu 199. num. 23* & in terminis omnino nostris Roland. à Vall. *cons. 61. num. 30. & 31. lib. 2.* Jam vero si diceremus, verba Donandi & Donationis instrumẽto immixta, non esse de donatione sola intelligenda, tum propter mentem disponentis, de qua ex tot conjecturis constat, tum propter illa, quæ supra de vi verborum diximus, resultaret contrarietas in disponente, videlicet quod & nihil aliud esset, quam testamentum, & nihil aliud quam donatio inter vivos. Quod subsistere non potest.

Vndecimò, præterquam quod minor numerus testium, quàm in testamentis fieri solet, hic intervenerit, illud etiam ex instrumento manifestum est, eos ipsos testes non fuisse à G. ad hoc rogatos, cum tamen expediti sit juris, ut testamentum † factum esse dicatur, & illud subsistat, testes omnes rogatos esse oportere, 22
l. heredes palam. §. in testamento. ff. de testam. l. hac consultissima. in prin. C. eod. In actibus vero qui inter vivos celebrantur, non requiritur, ut testes sint rogati, *l. ad fidem. ff. de testib.* Atque ideo hinc conficitur, do-

natio-

nationem inter vivos à G. potius factam esse, quàm testamentum.

23 Duodecimo talis semper † est facienda interpretatio, ut ex ea actus potius valeat, quam pereat, & nullus reddatur, *l. quoties, ff. de reb. dub.* Petr. de Bella Pertic. & Cyn. *in l. licet. C. de pact.* Roland. à Vall. *consf.* 8 *num.* 22. & 23. *lib.* 1. qui id multis & variis exemplis ibidem comprobat. Quod si autem magis testamenti quàm donationis verba in instrumento attenderemus, & ex iis assereremus, pro testamento illud esse habendum, actus eo comprehensus, ex hac interpretatione nullus redderetur, ut apparet ex iis, quæ supradicta sunt in sexta & septima decidendi ratione.

Decimotertiò in meris etiam dubiis terminis
24 actus † aliquis potius pro donatione inter vivos, quàm pro ultima voluntate habendus est, gloss. *in l. apud Celsum. §. Julianus. in verb. spospondisset. ff. de dol. mal.* Collegium Juridicum Wittenbergense *inter consilia Germanica Jurisconsultorum Francofurti impressorum, tom.* 4. *cons.* 50. *n.* 3. & Florent. à Venning. *eod. tom. cons.* 1. *n.* 56. ubi ait, hanc esse claram & indubitatam regulam, quod in dubio semper intelligatur donatio inter vivos esse facta, & addit, pro ea regula facere textum multum notabilem *in l. fin. C. de don. caus. mort. & in l. Seja. in fin. ff. eod.* Atque hanc sententiam communi Dd. calculo esse comprobatam, asserit Jas. *in l. quæ dotis. num.* 26. *ff. solut. matr.* & post eum Clar. *in d. §. donatio. quæst.* 4. *num.* 2. Ex quo conficitur, quod etiamsi hic in mere dubio casu versaremur, tamen dicendum esset, actum pro donatione inter vivos, & non pro testamento, aut donatione mortis causa haberi debere.

Non obstant, quæ pro contraria sententia supra adducta sunt. Nam quod ad primam dubitandi rationem attinet, ad eam satis responsum est in præmissis decidendi rationibus. Similiter quod de numero testium actui anno 1550. à G. celebrato adhibito objectum fuit, nihil facit negotii, tum propter alia suprà in decidendi rationibus adducta, tum vero etiam eo nomine,
25 quod ea, † quæ abundant, nec ad actum aliquem necessario requiruntur, haud obsint, si nihilominus adhibeantur, *l. non solent. ff. de regulis juris. l. ideoque. ff. de manumiss. test. l. hereditas. ff. de hered. instit. l. si servo. §. ult. ff. de adim. leg.* Bald. *in l. fin. in fin. in 2. lect. Cod. de jure emphyteut.* ubi ait, quod quæ abundant, non vitient actum, sed potius impleant cisternas intelligentium, ut eum refert Cæsar Contard. *in l. unic. limit.* 2. *num.* 26. *C. si de moment. possess.* Neque hoc hodie novum est, sed sæ-
26 pissime fit, ut ea † etiam, quæ supervacanea sunt, pro majori cautela, & ad omnem cavillationem & disputationem evitandam fiant, vel actui alicui adjiciantur, ut experientia testatur, & ostendit Hieron. Cagnol. *in dicta l. non solent. num.* 4. Sed & eo minus adversatur hæc dubitandi ratio, quod tantum sex testes adhibiti sint, & sic non tot intervenerint, quot in testamen-
27 tis requiri solent. Septem enim testes † adhiberi solent, sive scriptum, sive nuncupativum condatur testamentum, *l. hac consultissima. C. de testam. §. sed cum paulatim. Instit. eod.* Denique nec illud hic observatum esse ex ipso instrumento apparet, quod testes sint à G. rogati, cum tamen certi jùris sit, ut testamentum subsistat, rogatos esse oportere omnes testes, ut superius in duodecima decidendi ratione ostensum est.

Nihilo magis refragatur assertio ab ipso G. de proposito testamentum faciendi facta. Siquidem testamentum revera postea demum condidit, & sic ipso facto comprobavit, se tunc demum revera voluisse ita decedere, ne diceretur sine testamento ex hac vita migrasse. Atque hoc ipsum non minus, quàm illud, quod priorem actum, de quo res agitur, donationem inter vivos voluerit esse ex variis conjecturis & argumentis in deductione rationum decidendi allatis abunde elucescit. Et sane etiamsi una atque altera præsumptio juris ejus filio H. adversaretur, tamen rursus pro eo attendendum esset, quod multo plures & fortiores conjecturas & præsumptiones pro se haberet. Nam paucio-
res † præsumptiones per plures vincuntur & 28
tolluntur, *authent. itaque. Cod. commun. de success. l.* 3. *§.* 1. *ibi, alias numerus. ff. de testibus.* Alciat. *de præs. reg.* 3. *præsum.* 37. *num.* 9. Bursat. *consil.* 59. *num.* 2. & *consil.* 159. *num.* 17. & fortiores † præfe- 29
runtur debilioribus, *l. cum de indebito. ubi Bart. ff. de probat.* Cravet. *cons.* 8. *num.* 9.

Etsi vero & mortis mentio in actis anno 1550. à G. celebratis est facta, ut suprà objectum est, tamen nec hoc obstaculo est, quo minus hic actus pro donatione inter vivos habendus sit, quia à
conjectura, † quæ ex mentione mortis facta oritur, facile receditur, ut post Corn. *in consil.* 289. 30
colum. 2. *volum.* 4. à se allegatum ajunt Roland. à Vall. *consil.* 61. *num.* 28. *lib.* 2. & Cravet. *consil.* 214. *num.* 19. *per textum in l. cum maritus. §. final. ff. de pact. dotal.* & una conjectura ac præsumptio per aliam eliditur & tollitur, pluresque vincunt pauciores, & fortiores præferuntur debilioribus, ut modo ostensum est, ubi etiam est dictum, hoc casu multas conjecturas & præsumptiones concurrere, ex quibus colligatur, donationem inter vivos factam esse.

Non adversatur quoque, quod postremo loco de testamentorum favore adductum fuit. Etenim generali testamentorum favori derogat, quod in dubio semper potius donatio inter vivos facta esse præsumatur, quàm ultima voluntas, ut ostensum est supra in decimaquarta decidendi ratione. Deinde vel eo nomine non potest hic ob favorem testamentorum ita judicari, quasi testamentum factum sit, quod ex ipsa forma actus manifestum sit, non esse testamentum, sive ad institutionem heredis, sive ad testes, sive ad alia similia respiciatur. Ex forma
enim † actus colligitur an sit testamentum, vel 31
alius actus, juxta ea, quæ consulendo adducit Bursat. *consilio trigesimo tertio, numero decimoquinto & decimosexto,* ubi quasi in terminis ex non servata forma testamenti concludit, non testamentum, sed potius donationem esse factam.

Secunda quæstio difficultatem minorem habet, & quidem cum superius ostensum sit, actum, de quo dubitatur, pro donatione inter vivos esse habendum, consequitur eum

per testamentum postea à G. factum non potuisse revocari. Nam donationi inter vivos † semel factæ standum est, nec ea per pœnitentiam revocari potest, *l. possessionem. & l. final. Cod. de revoc. donat.* Adeo enim firma † & perfecta esse censetur, ut conditionalis postea fieri nequeat, *l. perfecta. Cod. de donat. quæ sub mod.* & ne quidem prætextu alicuius Imperialis Rescripti revocari possit, *l. si donationem. Cod. de revoc. donat.* Atque hæc quidem eo magis hic sibi locum vendicant, quod G. ad donationem sine ulla revocatione & firmiter † servandam se disertis verbis adstrinxerit, adiiciendo verbum, vnwiderrufflich / *l. si alienam. §. final. & l. ubi ita donatur. ff. de donatione mortis causa.* idque per geminationem etiam fecerit, cuius magna solet esse vis, ut in prima quæstione de ea ostensum est.

32
33
34

Sed obstare hoc casu videtur, quod donatio † filio in potestate existenti à patre inter filios facta non valeat, *l. 2. §. ultimo, ff. pro herede & in l. 1. §. 1. ff. pro donat. l. si pater. Cod. de inofficiosa donatione.* & licet patris † morte dicatur, confirmata *l. donationes. Cod. de donatione inter virum & uxorem.* Attamen quo minus illud hic attendi possit, refragari videtur, quod G. ante mortem suam in testamento sibi donationem filio Hermanno factam displicere testatus sit, eamque revocarit. Verumenimvero pro H. ad hanc objectionem responderi potest, eum naturalem filium fuisse G. non autem legitimum & naturalem simul. Liberi vero naturales † non sunt in potestate patris, ut qui non sunt nati ex justis nuptiis, *in princip. Instit. de patr. potest. & §. final. Instit. de nupt.* Proinde donatio in filium † naturalem à patre facta statim valet. Idque notat Barthol. Socin. *in regul. 140. incipien. donatio facta à patre. versicul. secundo fallit.* & facit textus *in leg. omnes. §. Lu.ius. ff. quæ in fraudem creditorum.*

35
36
37
38

Etsi vero & eo nomine hic actus, ut donatio inter vivos, omnino subsistere † non posse videatur, quod excedat summam quingentorum aureorum, nec insinuatio illa intervenerit, quam in tali donatione necessariam esse constat ex textu *in l. penultima, in fin. Cod. de donat. & in §. alia autem. Instit. eod.* adeo ut donatio † etiam civitati, vel Ecclesiæ, vel ad alias pias causas facta, insinuatione indigeat, *l. illud. Cod. de sacrosanct. Eccles. & l. sancimus. §. alias. Cod. de donat.* & ne quidem inter propinquos omitti talis insinuatio possit, *l. data. C. de donat.* tamen hoc ita se habet tantum in eo, quod superfluum est, & excedit quingentos aureos. In reliqua enim † summa subsistit, & firma manet donatio, *per textum in l. sancimus. 1. in princip. versic. si quid autem. C. de donat.* & ibi notant Odofr. Bald. Angel. & Salycet. Idem tenent Joan. Andr. *ad Speculat. titul. de instrum. edit. in addit. magna.* Paul. de Castr. *consil. 90. volum. 2.* Gabriel. *commun. conclus. lib. 3. titul. de donat. conclus. 1. numero 56.* ubi plures alios Doctores pro hac sententia allegat. Et observandum hic est, tales aureos hic considerari, quorum † viginti septem vnam auri libram conficiunt, *l. quotiescunque. C. de suscept. & arcar. lib. 10,* Felin. *in cap. conquerente. num. 1. de ord. cognit.* Castrens. *in l. fin. num. 3. C. commun. de legat.* & Geil. post multos alios à se adductos *observat. 39. num. 2. & 3. lib. 2.* ubi addit, in praxi hæc diligenter notanda esse, propter aureorum differentiam, quia in singulis propemodum provinciis aurei variantur, & si aurei sint minoris valoris, & variati in bonitate intrinseca, ita ut 72. aurei non conficiant libram, tunc reducendi sunt ad valorem legalem, sive aureos legales, & subiicit num. 4. quod hac computatione attenta Coloniæ 1200. & Aquisgrani ultra 2000. aureorum monetæ currentis donatio absque insinuatione subsisteret.

39
40
41
42

Præterea si huiusmodi donatio est remuneratoria & ob benemerita facta (ut de ea, quæ hoc casu est facta, asserit in instrumento donationis ipse G.) non eget † insinuatione, sed sine ea valet, etiamsi ea summa excedat 500. aureos, Bartol. & Imol. *in l. Aquilius Regulus. ff. de donat.* Bald. *in l. 2. in fin. C. ne lic. poten.* Cyn. *in l. ut liberis. Cod. de collat.* Geil. *dicta observat. 39. numero 24.* Roman. *consil. 26. in secundo dubio,* & alii Doctores allegati ab Anton. Gabriel. *comm. conclus. lib. 3. titul. de donat. conclus. 1. numer. 59.* Sed merita † debent probari, Imol. *in dicta l. Aquilius Regulus.* Dd. *in l. si donationem. C. de collat.* Guid. Pap. *in singulari 375.* Anton. Gabriel post alios à se allegatos *in dicta conclusione prima, numero sexagesimo,* ubi *numero 61.* subiicit, non stari hac in re assertioni ipsius donantis, de meritis donatarii: eamque sententiam variis authoritatibus Doctorum ibidem confirmat.

43
44

Regnerus Sixtinus J. V. D.

Consilium XIII.

Quod est

Regneri Sixtini
Jurisconsulti.

Summaria.

1 *Actio præparatoria & principalis cumulari possunt.*

2 *Hinc querela de inofficioso testamento cum sit præparatoria petitionis hereditatis, hæc duo remedia in eodem libello cumulari possunt.*

3 *Actio ad exhibendum est præparatoria rei vindicationis.*

4 *Hinc actio ad exhibendum, & rei vindicatio recte in eodem libello cumulantur.*

5 *De requisitis actionis ad exhibendum, quorum primum est à parte actoris, quod ejus intersit.*

6 *Secundum requisitum est, ut reus ejus rei, de qua agitur possessionem habeat.*

7 *Actio ad exhibendum ita personalis est, ut in rem scripta esse dicatur.*

8 *Hæc actio contra quemlibet possessorem locum habet, sive civiliter, sive naturaliter rem possideat.*

9 *Testis de proprio facto deponens, plene probare censetur.*

10 *Confessio geminata vim habet judicialis confessionis.*

11 *Epistola contra scribentem plene probare dicuntur.*

12 Muta-

12 *Mutatio de jure non præsumitur.*
13 *Præsumitur hodie etiam possidere, qui olim possedit.*
14 *Dolo facit, qui contra monitionem & denunciationem sibi factam aliquid agit.*
15 *Dolose fieri censetur, quod quis clam agit.*
16 *Clam facit is, qui non denunciavit ei, quem metuit, vel metuere potuerit esse contradicturum.*
17 *Actione ad exhibendum tenetur non tantum, qui possidet, sed & qui dolo fecit, quo minus exhibeat.*
18 *Qui dolo possidere desiit, possidere censetur, & par est utriusq; conditio, nimirum & possidentis, & dolo possidere desinentis.*
19 *De requisitis rei vindicationis, quorum primum est dominium à parte actoris, alterum possessio à parte Rei.*
20 *Pecunia in re empta inventa, si sit thesaurus, emptori, sin minus, venditori, vel alii, quem verum dominum ejus pecuniæ esse constiterit, restitui debet.*
21 *In omnibus rebus, quæ dominium transferunt, concurrerere oportet affectum ex utraq; parte contrahentium.*
22 *Furtum committit, qui rem repertam, quæ thesaurus non est, non restituit domino suo.*
23 *Probandi onus incumbit ei, qui asserit, pecuniam aliquam thesaurum fuisse.*
24 *Pecunia inventa ut habeatur pro thesauro, quæ requirantur.*
25 *Thesauri definitio.*
26 *Præsumitur per inhabitantes factum esse, quod in ædibus fit.*
27 *Præsumuntur alicujus propria esse, quæ in ædibus ipsius inveniuntur.*
28 *Maritus dotis etiam dominium habere dicitur.*
29 *Rei vindicatio de re dotali constante matrimonio marito competere dicitur, & uxori denegatur.*
30 *Pluralitas non præsumitur.*
31 *Dominia rerum etiam meris indiciis & præsumptionibus probari possunt.*
32 *Præsumitur nemo sciens prudensq; suum jactare.*
33 *Casus in l. à tutore. ff. de rei vindic. decisus facti speciei hic proposita est simillimus.*
34 *Casu legis ubi reperitur, ibi nulla censetur restare controversia vel dubitatio.*
35 *Rei vindicatione tenetur non solum, qui possidet, sed & is, qui dolo desiit possidere.*
36 *Præsumptiones juris & conjecturæ liquidissimas probationes inducunt.*
37 *Præsumptio juris etiam unica onus probandi in adversarium transfert.*
38 *Præsumptionem juris saltem unam pro se habens, eo ipso censetur suam intentionem probasse, quod ab adversario non doceatur contrarium.*
39 *Probandi onus quandocunque in adversarium translatum est, eo ipso abunde probatum esse censetur, quod hic adversarius contrarium non probet.*
40 *Interpretatio ea fit in dubio, quæ contumaci magis noceat, & adversario ejus prosit.*
41 *Si ex actu plus constet, quàm in libello narratum est, judex ex officio pronunciare super omni potest, quod probatum est.*
42 *Libellus per probationem postea subsecutam declaratur.*
43 *Jus illud, quò sententia debet esse conformis libello, quando fallat. Idq; extenditur, num. 44.*
45 *Rei vindicatione intentata, non solum restitutio rei fieri debet, sed etiam omnis præterea causa, quoad fructus, & id genus alias accessiones præstanda est.*
46 *In iis actionibus quæ bonæ fidei non sunt, ratione fructuum & similium accessionum non mora, sed litis contestatæ tempus in condemnatione spectatur.*
47 *Quibus casibus jus regulare fallat.*
48 *Lex ei magis favet, qui pro rei suæ conservatione agit, quàm qui novum lucrum captat.*
49 *Victus victori in expensas condemnatur.*
50 *Verus contumax in expensas condemnandus est, etiamsi alias in causa principali victor evadat.*
51 *Contumax verus appellationis beneficium non habet.*

CUm in causa, quæ inter C. præfectum in E. ut actorem, & L. præfectum R. reum conventum de pecunia in ædibus venditis post venditionem reperta agitatur, rogatus sim, ut meam sententiam aperiam, nec hoc officium ei parti, per quam id postulatum est, denegare potuerim, equidem legi & semoto omni affectu ponderavi acta eius causæ; nec necesse esse existimo, ut ipsius facti speciem hic recenseam, cum ea satis perspicue in libello & reliquis actis reperiatur, ac inde nullo negotio peti possit. Nascuntur autem ex hac facti specie tria potissimum dubia. Primum est, quæ actiones intentatæ sint, & an earum cumulatio fieri potuerit. Secundum, quæ sint requisita earum, & an ea hic abunde probata. Postremum est, quæ sint partes judicis in pronunciando. De nullitate vero processus non est quod aliquid in dubium revocetur, cum ne minimum quidem indicium de ea in actis appareat.

Quod itaque ad primum ex supradictis dubiis attinet, intentatæ sunt simul actiones ad exhibendum, & rei vindicatio, ut ex ipsa conclusione libelli planum fit. Constat autem, actionem † præparatoriam & principalem cumulari posse, ut notat gloss. & Bartol. *in l. qui de inofficioso. §. 1. ff. de inoffic. testam.* Zasius in *§. si minus. numer. 20. versic. secundo fallit. Instit. de action.* Jason in *§. preterea. num. 59. eod.* Dd. & maxime moderni *in l. naturaliter. §. nihilcommune. ff. de acquiren. possess.* Idem tenent Dd. omnes *in l. edita. Cod. de edend.* ut ait Jason supracitato loco. Atque hinc est, quod cum querela † de inofficioso testamento sit petitionis hereditatis præparatoria, recte hæ duæ actiones in eodem libello cumulentur. *dicta l. qui de inofficioso.* Wesembec. *in paratit. ff. num. 5. eodem.* Cum itaque ad exhibendum actio † præparatoria sit rei vindicationis, *l. 1. ff. ad exhib.* merito & in his † duabus actionibus cumulatio admittitur. Atque hanc sententiam de ea cumulatione amplectuntur Petr. Jacob. *in sua aur. practica, titul. de act. ad exhib. num. 3.* Zas. & Jas. *supracit. loc.* Rodefred. *de libell. par. 4 tit. de act. ad exhib. num. 6.*

Quod ad secundum dubium attinet, primum de actione ad exhibendum certi juris est, quod

 detur

5 detur † ei, cuius interest exhiberi, *l. 3. §. sciendum. ff. ad exhibend.* ubi Ulpianus: Sciendum, inquit, est, non solum iis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque, cuius interest exhiberi. Judex igitur summatim debebit cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit, & sic iubere, vel exhiberi, vel non, quia nihil interest. Ex quibus verbis & *d. l. 3 §. 1.* liquido apparet, quoad actorem non esse necesse, ut doceat se dominum rei, sed sufficere, si vel summaria cognitione deprehendat iudex, quod intersit actoris, ut res exhibeatur. Atque hoc etiam Petr. Jacob. *in d. tit.* tradit, ut addat, quod intersit actoris recte eo ipso asseri, quia vult vendicare. In proposita autem facti specie non solum actor vendicare voluit, ideoque ipsam rei vindicationem cum actione ad exhibendum cumulavit, sed & ex ipsis literis emptionis & venditionis, & epistolis Rei ab actore iudicialiter exhibitis abunde liquet, aedes, in quibus ipsa, de qua quaeritur pecunia, reperta fuit, rem dotalem fuisse. Quae res sane facit, ut ipsius actoris ratione sui & uxoris maxime intersit, atque hoc merito asserat, nec ulterior cognitio hac in parte requiratur, cum praesertim reus non comparuerit, nec assertioni actoris contradixerit, ut actor ratione pecuniae inventae, ipsum etiam dominum sufficienter probarit, ut infra in terminis rei vindicationis ostendetur.

Quemadmodum autem à parte actoris in actione ad exhibendum requiritur, ut eius intersit, sic à parte Rei necesse est, ut † rei, de qua
6
7 agitur, reus possessor sit. Nam licet actio † ad exhibendum personalis dicatur, *l. 3. §. est autem. ff. ad exhib.* tamen revera in rem scripta est, &
8 contra quemlibet † possessorem locum habet, sive civiliter sive naturaliter rem possideat, *dicta l. 3. §. fin & l. 4. ff. ad exhib.* Quod autem de hoc secundo requisito in proposita facti specie abunde constet, tum ex depositionibus testium, tum ex ipsius Rei confessionibus manifestum fit. Nam quod reus valesiam cum pecunia, & ab operario suo nomine T. inventam acceperit, ipsemet inventor deponit apud 29 & 35 articul. cui testi, quod de proprio facto testimonium perhibeat plena fides est adhibenda. Nam
9 testis † de proprio facto deponens, plene probare censetur, *l. quaero. §. final. ff. de adil. edict.* per quem textum ita tenet Paul. de Castr. *in l. servos. Cod. de testibus. & in l. quicunque. in fin. Cod. de servis fugitivis.* Petr. de Benintend. *in decis. 62. dubium erat.* Tiraquell. post alios multos à se citatos *de retract. consanguin. §. 1. gloss. 14. numero 47.* Franciscus Vivius *in commun. opin. 394. incip. testis unicus.* ubi ait, quod hanc sententiam tanquam in iure verissimam intrepide iudicando & consulendo eveniente casu sequi velit. Atque etiam eam amplexi sunt iudicando Domini sacri Neapolitani Concilii, ut testatur Matthe. de Afflict. *in decis. 369. num 6.* Concordat autem cum ipsius inventoris de proprio facto deponentis testimonio, depositio secundi testis ad 28. art. Atque ideo eo minus dubium est plene per testes ab actore probatum esse, quod reus pecuniam acceperit. Confessiones vero, quibus ipse reus idem fatetur in eius epistolis, quas sua manu scripsit ac subscripsit, suoque sigillo obsignavit, videre licet, cum eae ut ab actore exhibitae, apud acta reperiantur. Etsi autem hae confessiones extraiudiciales sint, tamen cum iteratae fuerint, non minus plene contra reum probant, quàm si iudicialiter essent factae. Nam extraiudicialis † confessio geminata vim habet iudicialis confessionis, Bartol. *in l. somnus. C. de agr. & cens.* 10
Panorm. *in cap. si cautio. extra. de fide instrum.* Jacob. Petr. de Ptolom. *in l. admonendi. num. 110. de iureiuran.* & ibidem Franciſc. Curt. *num. 299.* Sed & epistolae † contra scribentem plene probare dicuntur, *l. Publia. § final. ff. depos. & l. cum de indebito. § final. ff. de probat.* Lanfranc. de Orian. *in dicta l. admonendi. num. 56. & in cap. quoniam contra. extra. de probat. titul. de instrum. product. num 56.* Joan. Coras. *miscell. lib. 3. cap. 4. num. 5.* ubi addit, Bartolum & posteriores ita concludere *in dicta l. admonendi.* 11

Atque haec quidem cum ita se habeant, non est dubium, quin & illud requisitum, quod à parte Rei in actione ad exhibendum ratione possessionis spectatur, abunde in hac causa probatum sit, cum praesertim ipse reus nullo verbo iudicialiter contradixerit, nec se id, cuius nomine agitur, desiisse possidere affirmarit, nec mutatio † in dubio praesumatur, *l. cum qui. ff. de probat. l. cum hic status. in princip. ff. de donat. inter vir. & uxor. cap. majores. de baptism.* late Alciat. *in praesumpt. reg. 2. in princip.* Ideoque hodie † etiam possidere praesumendus sit, qui olim possedit. Bart. & Dd. *in l. sive possidetis. C. de probat. & in l. non ignorabit. C. ad exhib.* Abb. Anton. de Butr. & Dd. *in cap. cum ad sedem de restit. spoliat.* Alciat *in tract. praes. reg 2 praes. 2. num. 1.* Ludov. Roman. *cons. 329. in fin.* ut maxime autem possidere reus desiisset, & in alium, quod inventum est, ante litem motam vel etiam postea transtulisset (de quo tamen plane nihil constat, & cuius contrarium de iure etiam praesumitur) tamen hoc obstaculo esse non posset actori. Nam vel ipsae epistolae (de quibus superius dictum est) abunde ostendunt, ab actore reum statim post inventam valesiam monitum esse, ut ipsi actori, tanquam vero domino, & ad quem iure spectaret, restitueretur, idque saepius, quàm semel factum esse, ita ut Illustrissimus Princeps noster W. pro actore sua authoritate (ut ex dictis probatoris liquet) intercesserit, ideoque dolose à reo actum fuisset, si rem inventam, de qua nunc agitur, in alium transtulisset, & sic possidere desiisset. Nam dolo † utitur, qui contra monitionem & denunciationem sibi factam aliquid agit, *l. ait praetor. §. si quis particeps. ff. de his quae in fraudem creditorum. l. si fundum. C. de rei vindicat. cum similibus.* Eadem ratione dolose † fieri censetur, quod quis clam agit, Bald *in l. error. colum. 4. C. de jur. & fact. ignoran.* quem allegat & sequitur Zasius *in consilio 18 num. 9. lib. 1.* & pro eadem sententia facere ait text. *in l. final. ff. de ritu nupt. & in l. uxor. C. de repudiat. in l. non existimo. in fin. ff. de administrat. tut.* Idem notat Craverta post Jasonem & alios à se adductos *in consil. 6. num 8.* Clam autem † facit is, qui non denunciavit ei, quem metuit, vel metuere potuerit, esse contradicturum, *l. fin. §. fin. cum l. sequenti. & concordantibus in gloss. ff. quod vi aut clam.* Zasius *in d. consil. 18. num. 7. lib. 1.* 12 13 14 15 16

His

Hic autem constat, non aliquam denunciationem actori factam, nec etiam ex actis apparet, quod reus excipiendo, vel alia ratione tale aliquid asserere conatus sit. Quamobrem ut maxime reum desiisse possidere constaret, quia tamen pro eo habendus esset, qui dolose id fecisset, actio ad exhibendum eo etiam casu recte intentata esset, nec secundum requisitum eius, quod in possessione Rei fundatum est, deficeret. Textus est *in l. Julianus. in princip. ff. ad exhib. & in l. ad exhibendum. C. eod.* ubi Gordianus Imperator:
17 Ad † exhibendum (inquit) actione non tantum eum teneri, qui possidet, sed etiam eum, qui dolo fecit, quo minus exhiberet, merito tibi à non contemnendæ authoritatis Jurisconsult. Modest. responsum est. Facit quod de jure, qui
18 dolo † possidere desiit, possidere censeatur, & par sit utriusque conditio, nimirum & possidentis, & dolo possidere desinentis, *l. quod si dolo. ff. de rei vindicat. l. inter parem. & l. ad ea. §. 1. ff. de regulis juris.*

Etsi autem ex his satis apparet, recte actorem experiri actione ad exhibendum, & de requisitis huius actionis ex actis constare, ideoque à dominis judicibus de ea ut præparatoria, pronunciari posset, antequam de rei vindicatione cognosceretur, tamen cum probationes actoris eiusmodi sint, ut etiam ad rei vindicationem spectent, operæ pretium fuerit dispicere, an & huius actionis requisita in hac causa concurrant, & probata sint, ut si sufficienter hac etiam in parte probatum esse constiterit, tanto planius fiat, quæ de tota causa sint partes judicis in pronunciando.

19 Requisita † rei vindicationis sunt dominium à parte actoris, & possessio à parte Rei. Textus est & gloss. *in l. unic. de alienat. judic. mutand. causa fact. Dd. in §. 1. Instit. de act.* & quod vindicare volens dominium vel iure gentium, vel civili habere debeat, convincitur *ex l. in rem. ff. de rei vindicat. & l. doce ancillam. C. eod.* Similiter eum, contra quem ea actio intentatur, possessorem esse oportere, manifestum fit etiam ex textu eleganti, *in l. qui petitorio. in princip. & in l. officium. ff. de rei vindicat.* ubi hac in parte inter eos, qui civiliter possident, & quoslibet alios possessores & detentatores nullum esse discrimen ostenditur. Quod autem hic in iis terminis simus, ubi possessio apud reum sit, superius ostensum est ratione actionis ad exhibendum.

De dominio itaque videndum est, an videlicet & de eo à parte actoris constet. Est autem
20 expediti iuris, quod pecunia † in re empta inventa, si sit thesaurus, emptori, sin minus, venditori vel alii, quem verum dominum eius pecuniæ constiterit, restitui debeat. Textus est *in l. à tutore. ff. de rei vindicat.* ubi Scævola his utitur verbis: A tutore pupilli domum mercatus, ad eius refectionem fabrum induxit, is pecuniam invenit, quæritur, ad quem pertineat. Respondi: Si non thesauri fuerint, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablata, nihilominus eius eam esse, cuius fuerit. Atque hinc est, quod Juris Interpretes etiam communiter doceant, pecuniam in re empta inventam, si non sit thesaurus, ad venditorem potius, quàm ad emptorem pertinere. Nam ita tenet Bartol. *in dict. l. à tutore.* & Bald. ibidem, qui simul casum eius legis notandum esse monet. Eandem sententiam amplectuntur Joan. de Plat. *in l. unic. C. de thesaur. lib. 10.* Aretin. *in §. thesauros. num. 2. versicul. in eadem glossa. Instit. de rerum divis.* Jason *in l. 3. § Neratius. num. 7. ff. de acquiren. possess.* ubi addit & Petr. de B-x. in hac sententia esse. Idem sentiunt Alvarot. *in capitul. 1. num. 8. quæ sint regalia.* Joan. de Grad. *in addit. ad Fabr. in dicto §. thesauros. num. 4.* Francisc. Conan. *comment. suor. lib. 3. cap. 4. num. 4.* Zasius *in dicto §. Neratius. num. 15.* Alciat. *parerg. lib. 7. cap. 1. num. 2.* Joan. Schneidw. *in dicto §. thesauros. num. 4.* Felin. *in cap. cum dilecti. num. 7. de accusat.* allegans ibidem pro hac sententia plurimas authoritates. Quibus accedunt, quæ de hac re refert Tiraquellus copiose sub finem *titul. de convent. retract. nume. 97.* Atque ex his omnibus manifestum fit, hanc sententiam esse receptissimam, ita ut nullum profecto reperiam interpretem, qui ab ea discedat. Pertinet autem huc etiam elegans casus, & eius decisio, quam refert Jason *in dicto §. Neratius. num. 7.* Quidam mercator Genuensis, cum ex Hispaniis rediens, quasdam pilas (uti vocant) ceræ, in quarum una quatuor millia ducatorum reconderat, Genuam vehi curasset, statim discessit: Filius eius ignorans ibi occultatam esse pecuniam, vendidit eam ceram cuidam mercatori, quem id æque latuit, atque hic emptor eam retinuit longiori quàm trium annorum spacio, ac tandem vendidit cuidam aromatario, qui pecuniam errore in ea relictam invenit. Hinc quæsitum est, ad quem inventa pecunia pertinuerit. Nam mercator, qui à filio defuncti mercatoris Genuensis emerat, prætexebat triennii usucapionem, sed quia ignorarat, pecuniam reconditam fuisse in cera, neque amoverat eam, non potuit dici possedisse vel usucepisse, per textum *in dicto §. Neratius.* Neque vero aromatarius usucapionem eius obtendere potuit, quod pecuniam alienam esse scivisset, ideoque mala fide possedisset. Conclusum ergo & decisum fuit, eam pecuniam ad primum venditorem, nimirum ad filium mercatoris Genuensis pertinere, & ei restituendam esse, quia non habuit animum transferendi dominium istius pecuniæ, quam in cera esse ignorabat, per textum *in l. idque notum est. ff. de regulis juris. in dicta l. à tutore. & in l. in omnibus rebus. de obligat.* ubi Javolenus: In omnibus rebus, inquit, quæ † dominium transferunt, 21
concurrere oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam si ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum, quod inchoatur, non potest.

Adeo autem iuris rationi consonum est, ut tota res reperta, si non sit thesaurus, restituatur venditori, vel alii, ad quem pertineat, ut furtum † committere censeatur, qui sibi eam rem 22
retinet, nec restituit, *capitul. si quid invenisti. 14. quæst. 5.* Alexand. *in l. interdum. §. quod ex naufragio. num. 2. & 3. ff. de acquiren. possess.* Angel. *in §. nullius. num. 4. Instit. de rerum divis.* Joan. Schneid.

in §. item lapilli. num. 2. eod. Emmanuel Soarez *in thesaur. recept. sentent. in verb. inventoris. num. 186.* ubi hanc sententiam communem esse testatur: Et confirmatur hæc sententia eleganti textu *in l. falsus. §. qui alienum. ff. de furt.* Qui alienum quid jacens (inquit Ulpianus) lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cujus sit, sive ignorat, nihil enim ad furtum minuendum facit, quod, cujus sit, ignoret. Quibus verbis diserte docet Ulpianus, etiam eum, qui ignoret, quis sit dominus rei inventæ, furtum committere. Sed & sacræ literæ non solum restitui volunt rem amissam, & ab alio, qui non dominus, inventam, verum etiam puniunt eum, qui ejusmodi restitutionem detrectat, *Levit. cap. 6.* Quæ cum ita sint, consequitur verum esse, quod supradictum est, pecuniam in re vendita per errorem relictam, & post venditionem inventam, si non sit thesaurus, non debere ab emptore retineri, nec ad eum pertinere, sed restituendam venditori, nisi alium eius rei dominum esse doceri possit.

Videndum itaque est, an in proposita fa[illegible]ti specie in iis simus terminis, in quibus pe[illegible] reperta non sit thesaurus, cum præsertim [illegible]e reus, ut ex supradictis eius epistolis apparet, eam thesaurum esse asserat, & in ea sola assertione se fundet, actor vero econtra non posse eam pecuniam pro thesauro haberi asse-
23 rit. Ei vero, † qui asserit, pecuniam aliquam thesaurum esse, onus probandi incumbit. Ita tenet Joannes Faber *in dicto §. thesauros. Instit. de rerum divisione.* & Joan. de Plat. *in dicta l. unic. C. de thesaur.* quos allegat & sequitur Barthol. Socin. *in l. 3. §. Neratius. numero septimo, ff. de acquirend. possess.* Atqui in proposita facti specie emptor asserit, pecuniam inventam thesaurum esse, nec tamen hanc suam assertionem vel testibus, vel alia ratione docere conatus est. Relinquitur ergo vel eo solo nomine, eam pecuniam non esse pro thesauro habendam.

Sed licet actori onus probandi negativam ratione thesauri incumberet, tamen dicendum esset, satis ex actis constare, pecuniam in domo ab actore reo vendita inventam, non esse thesaurum. Nam ut pecunia alibi reperta, pro
24 thesauro de jure habeatur, hæc † requiruntur. Primum, ut antiquis temporibus sit deposita. Secundo, ut ultra hominum memoriam latuerit, nec eius extet memoria. Tertio, ut non habeat dominum. Textus est *in l. nunquam nuda. §. thesaurus. ff. de acquirend. rerum domin. l. unic. Cod. de thesaur. lib. 10.* & Cassiodor. *lib. 6.* the-
25 saurum † definit esse depositivam pecuniam, quæ longa vetustate dominos amisit. Hinc etiam Poëta *Æneid. 1.*

Veteres tellure recludit
Thesauros ignotum argenti pondus & auri.

Jam vero in proposita facti specie non fuit pecunia ita deposita, ut ea depositio hominum excedat memoriam. Nam quod ad tempus huius depositionis attinet, secundus, quartus & quintus testis apud secundum articulum testantur & affirmant, tempore examinis non plures, quàm triginta tres annos elapsos esse, ex quo ædes, in quibus litigiosa pecunia inventa est, post incendium, quo exustæ fuerant, de novo extructæ fuerunt. Ex quo necessario consequitur, demum post illud tempus extructarum de novo ædium, pecuniam cum hippopera sive valesia novo tecto immissam esse, cum nullo fulcimento aut basi subnixa in vacuo aëre per rerum naturam pendere non potuerit, & secundum Logicorum etiam axioma verissimum sit, tali casu adjunctum suo subjecto prius esse, aut ante consistere non posse. Unde omni dubio remoto, firmissime conficitur, valesiam cum pecunia in tectum dictarum ædium etiam intra dimidiam periodum temporis, quod humana memoria attingere possit, rejectam & repositam fuisse, ideoque non esse nos hic in terminis eius pecuniæ, cuius depositio memoriam hominum excedat.

Eadem vero ratione nec in iis terminis sumus, in quibus ignoratur dominus pecuniæ, & à quo eius depositio sit facta. Nam quod in ædibus † fit, per inhabitantes factum esse præsu- 26
mitur, *argum. l. si vendita. ff. de commod. & peric. rei vendita. & l. nam salutem. ff. de offic. præfect. vigil.* Nec est per rerum naturam probabile, peregrinum suam pecuniam alienis laribus commisisse, & eandem nunquam repetiisse, de qua re ne minimum indicium quidem hic apparet, unde vel hoc nomine est fortissima juris præsumptio, nullum alium vel deposuisse pecuniam litigiosam hippoperæ inclusam, vel eius dominium sibi vindicare posse, quàm solos eos, qui à priore extructione ædium venditarum de novo facta, de qua superius dictum est, usque ad tempus inventionis successive inhabitarunt. Non solum enim per inhabitantes & dominos censetur aliquid factum, ut supra ostensum est, sed & illa, quæ † in ædibus tuis inveniuntur, tua esse præ- 27
sumuntur, per ea, quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. num. 14. lib. 4.*

Jam vero extra omnem est controversiam, priorem uxoris actoris maritum Petrum Consulem curasse ædificari istas ædes, & eas inhabitasse usque ad tempus mortis suæ. Eo mortuo, actoris uxor cum filia sua posthuma ex ipso suscepta mansit in iisdem ædibus, & filiæ postea morienti successit, eaque ratione præter alia bona à dicto Petro relicta, has etiam ædes jure hereditario acquisivit. Paulo post autem nupsit actori, & is dotis † ei datæ, ad quam illæ ædes non 28
minus, quam alia uxoris bona spectarunt, dominus factus est, *l. Lucius. § idem respondit. ff. ad munici p. in prin. Inst. quibus alien. lic. l. in rebus. C. de jur. dot. & l. doce. C. de rei vindicat.* ubi † constante marri- 29
monio hoc nomine marito rei vindicatio ad consequendam rem dotalem ab alio retentam datur, & uxori denegatur, licet *in dicta l. in rebus.* naturaliter domina esse dicatur. Reus vero postquam prædictas ædes dotales emit, curavit statim eas demoliri. Et tantum abest, pro eo præsumi posse, quod tecto ædium pecuniam cum valesia ingesserit, ut & ipse neget, à se id factum, ac potius multis annis ante initum secum contractum eam pecuniam sub tecto latuisse fateatur, quemadmodum ex suprà

allegatis

allegatis eius epistolis apparet. Sed & actor licet ad se litigiosam pecuniam nomine uxoris spectare contendat, tamen nec à se, nec ab uxore, nec à defuncta posthuma eam occultatam esse fatetur. Relinquitur ergo à supra dicto Petro, ut qui primus de novo istas ædes extruxit, & dominus earum fuit, pecuniam litigiosam sub tectum repositam fuisse, & dominum ejusdem pecuniæ extitisse.

Quod ut planius fiat & pluribus confirmetur, ponderandum hic est, quod ex testium depositionibus manifestum sit, istum Petrum, cum moriturus pauperibus ducentos aureos ex pecunia litigiosa legare vellet, ita voluntatem ultimam de ea re coram ipso Reo convento & aliis tribus testibus aperuisse, ut sursum manum elevans, & supremam ædium partem quasi digito monstrans, tribus distinctis vicibus asseruerit, ibi repertum iri quadringentos aureos. Deinde & illud ex dictis testium liquet, eodem tempore cum simul ipsum sacculum in quo quadringenti illi aurei repositi essent & obserati, in specie definivisse addendo videlicet In einer Sattelstaschen. Atque reperta est pecunia in hujusmodi valesia seu hippopera. Tertio testes deponunt defunctum Petrum in sua dispositione non de daleris sed de aureis speciatim mentionem fecisse. Et quod Reus accepta hippopera promiserit, si aurum contineret, se inventori numeraturum esse viginti daleros, inventor ipse primus testis apud vigesimum sextum articulum testatur, & addit apud articulum vigesimum octavum, sibi ex his pro inventionis officio promissis viginti daleris numeratos esse decem, & se plane confidere, sibi reliquos etiam numeratum iri. Atque ex his omnibus abunde liquet, non solum aurum fuisse inclusum, sed & pecuniam litigiosam fuisse eos nummos, de quibus dictus Petrus in sua supra dicta dispositione senserit, & quos tanquam dominus in tecto deposuerit, cum præsertim de alia aliqua hippopera quæ in ædibus venditis inventa sit, non appareat, nec alias pluralitas † præsumatur, secun-
30 dum ea quæ tradit Nicolaus Euerhardus in loco legal. à præsumpt. ejusdem fact. Carol. Ruin. *in consil.* 141. *numer. duodecimo lib. secundo.* Bursat. *consil.* 106. *numer. nono libr. primo* & constat domi-
31 nia † rerum meris etiam indiciis & præsumptionibus probari posse. *l. indicia. Cod. de rei vindicat.* Bald. *in leg. proprietatis numer. quinto Cod. dict. tit.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. cas.* 42. *numer. secundo.* Parisi. *consil.* 104. *numer.* 100. *&* 102. *libr. primo.* Quæ cum ita sint consequitur non solum litigiosam pecuniam ita esse depositam ut ejus depositio, nequaquam excesserit hominum memoriam, sed etiam constare abunde & de eo, qui deposuerit & de vero domino ejus, atque ideo in secundo etiam requisito rei vindicationis nihil desiderari potest, locumq; habebit textus expressus in supra citata *l. à tutore. ff. de rei vindicat.* Cum præsertim Reum ne quidem conatum esse probare quod Actor sciens prudensque in ædibus venditis eam pecuniam reliquerit, ex ipsis Actis planissimum fiat, nec aliud præsumendum, quam quod errore id factum sit. Nemo enim sciens † prudensque, quod suum 32
est jactare præsumitur, *l. cum de indebito. ff. de probation. l. quæ dotis. ubi gloss.* & Bartol. *ff. solut. matrimon. cum similibus.*

Eo vero magis dicendum est, & quo ad rei vindicationem de requisito secundo abunde hic constare, quod casus † in d. l. à tutore decisus est, 33
huic nostro simillimus reperitur. Nam ibi Faber per emptorem fuit inductus, & hic. Ibi ab eodem emptoris fabro pecunia reperta: in nostro casu itidem. Denique quemadmodum ibi pupilli domus per tutorem, qui domini loco est, vendita est: sic hic venditio domus facta à marito ut eo qui curator est uxoris & venditæ domus etiam dominus. Ubicunque autem casus † le- 34
gis aliqua ratione reperitur, ibi nulla censetur restare controversia vel dubitatio. *l. ancilla. & ibi Bald. Cod. de furt.* Philipp. Port. *consil.* 55. *ex hoc sane. numer. vigesimo secundo.* Philipp. Corne. *consil.* 136. *part.* 3. quem adducit & sequitur Zas. *consil.* 14. *Reverendus pater nu.* 97. *lib.* 1. *Idem ad Rubr. ff. solut. matr. num.* 28.

Atq; hæc quidem cum ita se habeant, non est dubium utrumq; requisitum rei etiam vendicationis nimirum dominium à parte actoris, & possessionem à parte rei hic concurrere, & sic recte non minus eam actionem, quam actionem ad exhibendum institutam esse. Quod autem eo casu, quo Reus dolo desiit possidere in actione ad exhibendum locum habere, supra ostensum est, id eodem casu in rei vendicatione obtinere expediti juris est, quod videlicet ob dolum † perinde huic actioni locus sit, ac si 35
Reus adhuc rem detineret. *leg. quod si dolo. & leg. sin autem.* §. *Sed & is qui. ff. de rei vindicatione.*

Superest itaque ut ad tertium & ultimum dubium transeatur, quæ nimirum partes judicis sint in pronunciando. Et quidem licet priusquam ratione rei vendicationis pronunciari possit de actione ad exhibendum, ut præparatoria rei vendicationis sententia præmittenda esse videatur, quia Reus ad pecuniam inventam exhibendam condemnetur, tamen nihil opus esse hujusmodi præparatoria sententia, sed de rei vendicatione sola posse pronunciari inde liquet, quod postquam supradictæ actiones intentatæ fuerunt, & libellus judicialiter exhibitus, per probationes Actoris effectum sit, ut jam abunde constet de re exhibenda & causa, ob quam exhibitio per actionem ad exhibendum postulata fuerit, cesset. Nam ut supra Parag. Quod ut planius, &c. est ostensum, ex probationibus Actoris manifestum est, pecuniam repertæ hippoperæ inclusam, non argenteam sed auream fuisse, & quidem quoad quantitatem quadringentos aureos extitisse. Atqui hæ quidem probationes eo magis hic attendi debent, quod etiamsi meris Juris præsumptionibus & conjecturis niterentur, tamen sufficientem & plenam probationem efficerent. Nam conjectu-
ræ † & præsumptiones liquidissimas probatio- 36
nes inducere dicuntur. *l. licet Imperator. ff. de leg.* 1. Alexand. *colum.* 1. & Jas. *colum.* 3. *numer.* 2. *in leg.*

manifesta. ff. de jurejur. Joan. Cephal. *in Consf.* 314. *numer.* 230. Carol. Ruin. *Consil.* 123. *nume.* 5. *li.* 1. Francisc. Bursat. *consf.* 53. *numer.* 3. *lib.* 1. Bertrand. *consil.*
37 39. *volum.* 2. *volum.* 2. & vel unica † præsumptio transfert onus probandi in adversarium, *l. ab ea. ff. de probatio. l. sive possidet. C. eod.* Bartol. *in leg. in illa in fin. ff. de verbor. obligat.* Hyp. de Marsil. *in singu.* 451. *incip. decem omnino. numer.* 1. Johan. Cephal.
38 *consil.* 304. *numer.* 217. Quare qui saltem † unam juris præsumptionem pro se habet, eo ipso sufficienter probasse suam intentionem censetur, quod ab adversario non doceatur contrarium gloss. *in l. si tutor. Cod. de peric. tut.* Hippol. in Rubric. *C. de probat. num.* 326. Lancellot. Conrad. *de offic. Prætor. in cauf. civil. de probat. numer.* 217. Alciat. *in tractat. de præsumpt. reg.* 3. *præs.* 1 *sub numer.* 4.
39 *versic. Et istud mihi placet.* Facit quod † quandocunque onus probandi in adversarium translatum est eo ipso abunde & plene probatum esse censeatur, quod hic adversarius contrarium non probet. gloss. *per illum textum in leg penult. Cod. qui mil poss. vel non, lib.* 12 Jas. *in l. u potest. colum fin. versic. contrarium. ff. de acquir. hered.* Alciat. *in tractat. præsumpt. reg.* 3. *præs.* 21. *numer.* 2. Cephal. *supra citato loco.*

Jam vero in hac causa tantum abest, ut contrarium (pecuniam videlicet inventam non esse aurum, nec fuisse quadringentos aureos repertos) probatum sit à reo, ut ne quidem conatus fuerit, id probare, sed se plane contumacem præbuerit. Et sane vel ob hanc contumaciam ratione probationis contra reum interpretatio facienda esset, etiamsi in dubiis terminis essemus.
40 Nam in dubio † ea interpretatio fit, quæ contumaci magis noceat, & ejus adversario prosit, ut tradit Joan. Baprist. *in l. omnes populi. numer.* 46 *de justi. & jur.* & Hippol. de Marsil. *in l. de unoquoque numer.* 220 *ff. de re judic.* ubi pro hac sententia allegat Bartol. *in l. quamdiu. colum.* 1. *versic. venio ad ultim. gloss. ff. de acquir. hered. & text. in l. de atate. §. qui tacuit. ff. de interrog. in jur. fac. & in l.* 2. *§. quod si actor. vers. si reus. C. de jur. calum.*

Ex quibus omnibus planum fit pro actore pronunciandum & reum ad restitutionem quadringentorum aureorum in ædibus venditis inventorum condemnandum esse. Neque obstat quod actor de quadringentis daletis in narratis sui libelli mentionem fecerit. Nam si ex a-
41 ctis † plus constet, quam in libello narratum sit, potest judex ex officio pronunciare super omni eo quod probatum fuerit. Ut tradit Innoc. *in c. ex tenore. in fin. per illum text. de rescript* & Felin. *in c. licet Heli numer.* 28. *de Simon.* ubi id rationibus juris & aliis autoritatibus Dd. confirmat, ac inter cætera ait facere eo elegans dictum Innocentii
42 *in c.* 2. *in verb justitiam, de ord. cog.* quod † sequens probatio declaret libellum. Eo autem verius est hic secundum acta & probata sententiam ferri posse, quod libello adiecta sit clausula salutaris, peto ius & iustitiam mihi administrari. Nam re-
43 gulare † illud ius quo sententia debet conformis esse libello, fallit cum primis eo casu, quo ista salutaris clausula libello adiecta est. Ita tenet Joan. Bologn. *post alios à se adductos in l. vinum numer.* 79. *ff. de reb. credit.* & Philipp. Dec. *ibid. numer.* 22. Bald. *in l. incerti. ad fin. C. de interd. & in l.* 1. *C de usufruct.* Imol. *in l. si cum nulla. ff. de re judic.* Felin. *in dict. c. licet Heli. numer.* 44. Alexand. *in consil.* 34. *viso processu. num.* 4. *lib.* 3. Anton. Capic. *in decis.* 10. *numer.* 24. ubi hoc ostendit adeo † verum esse, ut li- 44
cet actum sit ex mutuo, tamen si ex probatione appareat de commodato, recedi à libello possit, & condemnatio de commodato recte sequatur. Id quod similiter asserit de redhibitoria actione, quod nimirum super ea sententia ferri possit propter probata, etiam si quanti minoris sit intentata. Atque eodem spectat quod notat Mynsing. *in consil.* 18 *numer.* 12. *& in consil.* 28. *numer. quarto.*

Porro rei † vindicatione intentata non so- 45
lum restitutio rei fieri debet, sed & omnis præterea causa, quo ad fructus & id genus alias accessiones præstanda est. *l. Julianus. §.* 1. *l. præterea. & l qui restituere ff. de rei vindic.* Idem & in præsenti causa observandum est. Atque ita quidem, ut non litis contestationis, sed moræ à reo commissæ tempus spectetur. Nam licet regulariter
in † iis iudiciis, quæ bonæ fidei non sunt (ex 46
quibus etiam est rei vindicatio) ratione fructuum & similium accessionum, attendatur in condemnatione non moræ sed litis contestatæ tempus *l.* 2. *& l. videamus. § si actionem ff de usur.* Alber. de Rosat. Paul. de Castro. Jas. & alii Dd. *in l. cum fundus. ff. de reb. cred.* tamen hoc † ius fallit iis 47
casibus, quibus id quod meum est vel fuit, repeto. *dict. § si actionem.* Atque ita tenet Bald. *in l. petens. Cod. de pact* Jas. *in dict. l. cum fundus num.* 2. *& ibid.* Zas. *num.* 3. *vers. limitabis tamen* (ubi nominatim & rei vindicationis meminit) Decius. *num.* 1. *& Alciat. num* 13 qui non obscure innuit Dd. ita communiter sentire & addit hanc rationem,
quod lex † ei magis faveat, qui pro rei suæ con- 48
servatione agit, quam qui novum lucrum captat. Eo autem minus dubitandum est, istam limitationem in rei vendicatione, de qua nunc agimus, locum habere, quod de ea actione id satis aperte tradatur *in dict. leg Julianus. §.* 1 *ff. de rei vindicat.*

Quare cum reus paulo post inventam litigiosam pecuniam & multo ante institutam hanc litem ab actore eius restituendæ nomine interpellatus sit, à tempore huius moræ interesse solvere tenetur, & ad eam solutionem condemnandus est, cum præsertim sæpius quam semel ista interpellatio facta sit, & ipsius etiam Illustrissimi Principis W. authoritas & monitio intervenerit, ut ex documentis ab actore iudicialiter exhibitis apparet. Sed & ita sententia contra reum ferenda est, ut in expensas litis condemnetur.
Victus † enim victori in sumptus litis conde- 49
mnari debet. *l. eum qui. ff. de iudic. l. properandum. §. sive autem alterutra C. eod. c. fin. de dol. & contum. & c. fin. de major. & obed.*

Eo vero magis reus in hac causa in expensas condemnandus est, quod contumax extiterit, &
quidem non ficte sed vere, & talis contumax † in 50
expensas condemnari debeat, etiamsi alias in ipsa principali causa victor evadat, & secundum eum pronuncietur. *d. l. properandum. §. & siquidem auth. qui semel. C. quomod. & quand.* Atque hoc etiã Cameræ imperialis ordinationi consentaneum est. *part.* 3. *tit.* 42. *§. fin. & tit.* 43. *§ pen.*

Sane

Sanè prædictæ contumaciæ rei in hac causa adeo ratio est habenda, ut hoc nomine si pronūciatum fuerit, contra ipsum denegāda ipsi sit ap-
11 pellatio. Nam contumax † verus, appellationis non habet beneficium *l. & post edictum. §. fin. ff. de judic. l. ex consensu. § fin. ff. de appellat. l. 1. Cod. quorum appel. non recip. l. properandum. §. cum autem. Cod. de judic. c. fin. §. sunt etiam quorum. 2. quæst. 6.* Quare nec in hac causa rei appellationi deferendum esset, si appellare vellet.

Regnerus Sixtinus I.V.D.

CONSILIUM XIV.

Quod est

REGNERI SIXTINI J. U. D.

SUMMARIA.

1 *Statuto civitatis W. cautum, ut in bonis constante matrimonio utriusq; conjugis peritia, labore & industria acquisitis, superstes eorum bonorum dominus fit.*

2 *Conjugem inopem succedere conjugi locupleti in quarta non solum ab intestato sed & testamento condito contra voluntatem defuncti docēt cōmuniter Dd. & ex iis sunt etiam qui asserunt pro ea sententia esse expressum textum in Auth. Præterea. C. Unde vir & uxor.*

3 *Ius quæsitum ex dispositione legis vel statuti per alium auferri nequit.*

4 *Statuta ita intelligenda sunt, ut aliquid addant juri communi.*

5 *Verba generaliter & simpliciter prolata, generaliter & indistincte accipiuntur.*

6 *Dominii effectus est libera rei administratio.*

7 *Effectus causam denotat.*

8 *Statutum civitatis W. de successione ab intestato esse accipiendum, nec pertinere ad eos conjuges, qui testamento facto moriuntur.*

9 *Statutum illud collocatum est sub statutorum libri 4 par. 4. cujus inscriptio est, de successionibus ab intestato.*

10 *Ex Rubrica optima sumitur interpretatio nigri.*

11 *Argumentum à Rubro sumptum dicitur probabile, frequens & utile.*

12 *Materia posita sub aliqua Rubrica, judicatur ejus esse natura, cujus est Rubrum.*

13 *Delegatam jurisdictionem habere censentur executores & conservatores dati à Papa, quoniam de iis sub tit. de offic. deleg agitur.*

14 *Vt Rubrica conveniat, lex sive canon in dubio intelligi debet.*

15 *Rubrica declarat & demonstrat intentionem statuti.*

16 *Rubrica probat, cum textus est dubius, quomodo intelligendus sit.*

17 *Ex Rubrica statuti argumentari licere ab omnibus Dd. doceri, authoritate Deciani confirmatur.*

18 *Statuti W. etiam interpretationem ex Rubrica, sub qua collocatum est, sumendam esse.*

19 *Medium sapit naturam extremorum quibus includitur.*

20 *Media talia præsumuntur, qualia sunt extrema.*

21 *Statutorum W. tertia parte agi de mera successione testamentaria.*

22 *Ordo scripturæ, quem statuentes vel disponentes observarunt, attendi debet.*

23 *Sequentia declarantur per præcedentia.*

24 *Statuta juris correctoria & exorbitantia restringi debent nec extensionem admittunt.*

25 *Statuta quæ excludunt parentes à successione liberorum in bonis constante matrimonio acquisitis, juri naturæ & pietatis repugnant.*

26 *Testamentorum maximus favor.*

27 *Testamenta effectum sortiri publice interest.*

28 *Statuta liberam testandi facultatem adimentia, & impedientia, iniqua censentur.*

29 *Statuta ejusmodi etiam bonis moribus repugnare dicuntur.*

30 *Statutum quo simpliciter pater prohibetur aliquid relinquere filiæ extra territorium nuptæ, non valet.*

31 *Interpretatio in omni actu & dispositione fieri debet, ut quoad ejus fieri potest, quam minime à jure communi recedatur.*

32 *Hoc in statutis cum primis obtinet.*

33 *Statuta W. de dote, donatione propter nuptias & bonis immobilibus hereditario jure acquisitis, quod ad proximos heredes defuncti unde profecta sunt, redire debeant, de successione ab intestato sunt intelligenda, nec libera de iis disponendi facultas per ea excluditur.*

34 *Adversativa particula sed, vel autem, habet vim cōjungendi, & repetere censetur qualitatem proxime præcedentem.*

35 *Adversativa ponitur in iisdem, de quibus præcedentia loquuntur.*

36 *Statuti caput unum trahitur ad aliud propter conjunctiones adversativas.*

37 *Adversativa autem repetit præcedentia cum omnibus qualitatibus.*

38 *Specialia non debent multiplicari, & in dubio omnis dispositio ita restringenda, ne multiplicetur.*

39 *Statutum cum unum & duo specialia contra jus commune operari potest, ita est intelligendum, ut in uno tantum sortiatur effectum.*

40 *Testandi & libere disponendi facultate privari de suis bonis, præsertim iis, quæ quis magno labore & industria ipse acquisivit, durissimum est.*

41 *Statutum in dubio ita accipiendum est, ut verisimiliter statuentes, si interrogati fuissent, respondissent.*

42 *Menti agentium & disponentium id potissimum consentaneum est, quod interrogati verisimiliter respondissent.*

43 *Probandi onus incumbit illi, qui jure correctorio & exorbitanti à jure communi, nititur, quod eo casu, de quo agitur, dispositio correctoria sit.*

44 *Correctio juris non præsumitur, nec inducta censetur, nisi de ea expresse constet.*

45 *Mutatio etiam alias non præsumitur.*

46 *Probatio liquida requiritur, ubi præsumptio juris est in contrarium.*

47 *Contra regulam contrarium aperte debet doceri, & nisi talis probatio fiat, secundū eam pronunciandum est.*

48 *Certum & indubitatum habetur, quod ex generali regula definitur.*

49 *Regulam juris communis pro se habere solet, qui stat contra statutum à jure exorbitans.*

50 *Ad conjugis defuncti successionem de jure communi proximi ejus consanguinei admittuntur & hic*

& his demum deficientibus superstes conjunx; nec distinguitur inter bona labore & industria defuncti conjugis acquisita & alia.

51 *W. & F. civitates sunt Imperiales.*

52 *In statutis seu jure municipali utriusq; civitatis W. & F. id prudenter & diligenter actum est, ut à jure communi quam minime recederetur.*

53 *Ut W. Respublica, ita & F. in suo jure municipali diversis & separatis tractatibus & partibus de successione testamentaria & intestati egit, & in posteriori parte speciatim de successione conjugum tractavit.*

54 *Statuto Reipub. F. par. 5. tit. 7. §. 2. quod de statuto W. in dubium vocatur, aperte decisum est & constitutum, licere conjugibus tam de bonis constante matrimonio acquisitis, quam de aliis suis bonis libere disponere: Nisi ex singulari ira vel odio sine causa superstitis testamentum fiat, & tertius aliquis institutus fuerit. nu. 55.*

56 *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.*

57 *A separatis male ducitur argumentum, nec inferri debet.*

58 *Explicatur Auth. Praeterea C. unde vir & uxor. & refutatur erronea sententia eorum Dd. qui quartam conjugi inopi ex bonis conjugis locupletis, non solum ab intestato, sed & contra testamentum & voluntatem defuncti deberi tenent, & asserunt in d. Auth. Praeterea. Pro ea sententia esse expressum textum, tam de testamento, quam de successione ab intestato loquentem.*

59 *In Authenticarum, Codici Justinianeo insertarum, explicatione, recurrendum est ad fontem earum, nimirum ad ipsas Novellas, unde ab Irnerio juris interprete desumptae sunt.*

60 *Privatio juris competentis nunquam inducta intelligitur, nisi id expresse dicatur.*

61 *Libere testandi facultatis exclusio admodum odiosa est.*

62 *Verbum nullum adeo generale & universale est, quin ex consideratione circumstantiarum civiliter intelligi & restrictionem accipere debeat.*

63 *Verba generalia & universalia restringuntur ad id quod est rationis.*

64 *Statuti W. verbis, quibus conjugem superstitem vult esse dominum bonorum acquisitorum non plus exprimitur, quam si eum dixisset esse heredem.*

65 *Heres in omne ius defuncti succedit, ideoq; bonorum etiam ab eo relictarum dominus est, & eorum administrationem liberam habet.*

1 IURE municipali † Imperialis civitatis W. lib. 4. part. 4 tit. 6. §. Was aber/ꝛc. cautum est, ut in bonis constante matrimonio utriusq; coniugis peritia industria ac labore acquisitis, superstes post defuncti coniugis mortem eorum bonorum dominus fit. Verba enim sic habent.

Was aber zwey ehlich gemachte durch ihr beyder Geschickligkeit/Fleiß/vnd Arbeit miteinander erobert vnnd gewonnen hetten/ es sey ligends oder fahrends/welches dann das ander vberlebt/ ist derselben ererbten güter ein Herꝛ/ vnnd mag damit thun vnnd lassen nach seinem Willen vnd Gefallen/vnnd folgen nach desselben Todt seinen Erben.

Unde quęstio emergit an hoc statutum ita accipiendum sit, ut defuncto coniugi sit adempta facultas libere de eiusmodi bonis in sua parte disponendi, & superstes non solum ab intestato, sed & etiamsi testamentum conditum sit, excluso scripto herede, in iis bonis succedat, & dominus eorum efficiatur?

Ad hanc quaestionem respondendum esse videtur, quod ex eo statuto coniux superstes non solum ab intestato, sed & testamento à defuncto facto, & contra eius voluntatem ad successionem in praedictis bonis vocetur, argumento sumpto à † quarta, in qua ex Nov. 53. §. *Quoniã vero & Auth.* 2
praeterea C. unde vir & uxo. cõiux inops succedit defuncto coniugi locupleti, idq; Dd. communiter tradunt ita se habere non solum ab intestato, sed & condito testamento & contra voluntatem defuncti: de qua cõmuni opinione testatur Soc. *cõs.* 321. *n.* 7. *&* 16. *vol.* 4. *&* Rol. à Val. *cõs.* 72. *n.* 59. *li.* 1. & post hos ẽt Kirchov. *cõmu. concl. cent.* 8. *concl.* 87. Ac pro ea sentẽtia expressum textum, tã de testamẽto quã de successione ab intestato loquentẽ esse in d. auth. pręterea docet Bal. Fulg. Paul. de Cast. Alex. & Dec. ib. ut referunt Rol. à Val. & Kirch. in citatis locis. Praeterea † quando quis ius quaesitũ 3
ex dispositione legis vel statuti habet, non potest id per aliũ ei auferri. *l. si constãte cum ibi not. per Bal. C. de don. propt nupt.* Aret. *cons.* 78. *col. pen.* Et debent statuta † ita intelligi ut aliquid addant iuri com- 4
muni Bar. *in l. dies §. Praetor ait vers. sed quid si statutũ. ff. de damn. infect.* Fran. Cur. *in l. transigere. n.* 18. *C. de transact.* Additur vero per praedictũ statutũ W. iuri cõmuni, quando ita intelligitur, quod coniux superstes defuncto succedat ẽt contra testamentum & voluntatem defuncti. Quibus accedit † quod verba generaliter & simpliciter prola- 5
ta generaliter & indistincte accipiãtur. *l.* 1. *§. generaliter. ff. de lega praestan. l. de precio. ff. de publ. in rẽ act. l. filiũ habeo. ff. Ad Sc. Maced.* Ang. *in l. ul. col. ul. ver. Tertio quaeritur. ff. de const. pecun.* Dec. *in c. sedes in* 3. *notab. de rescript.* Proinde & verbũ Succedere, itẽ verbũ heredẽ vel dominũ esse simpliciter & indistincte prolata, generaliter & indistincte videntur intelligẽda esse in statutis, & tã ad causã testati quam intestati trahi debere, eoq; magis in statuto W. verba de successione cõiugũ prolata generaliter accipienda & liberã ẽt testandi facultatẽ in p̃dictis bonis defuncto cõiugi prohibere videntur, quod superstes cõiunx nõ solũ dicatur post mortem defuncti dominus eorũ bonorũ esse, sed & addatur quod liberã administrationẽ habeat, & post eius mortem ad heredes ipsius trãseant, nec in iis ẽt verbis distinctio adhibetur inter eũ casũ quo defunctus cõiunx intestatus & eũ, quo testatus decedit. Et cũ illa † libera administratio effe- 6
ctus sit dominii, ex eo effectu cognoscitur, qualis sit ipsa causa, quod sc. verũ & plenũ dominium per superstitem acquiratur, & hoc dominium ei per testamentum aliquod defuncti nõ videatur adimi posse. Effectus † n. causam denotat *l. rẽ non* 7
novam. in fi. C. de jud. & argumentum ab effectu est forte Euerhard. *in loc. ab effectu. numer.* 1.

Verum his non obstantibus, verius esse existimo p̃dictũ statutum † W. accipiendum esse de 8
successione ab intestato, nec pertinere ad eos cõiuges, q testamẽto cõdito moriũtur, sed posse libere ab iis de bonis etiã constante matrimonio

com-

communi peritia, industria ac labore acquisitis, disponi. Mover me primũ quod hoc speciale sta-
9 tutum collocatũ sit † sub libri quarti statutorũ parte quarta, cujus inscriptio sive rubrica est de successionibus ab intestato expresse & speciatim cõcepta, his videlicet verbis. Võ Erbschafft ohn Testament/ rc.
10 Jam vero ex rubrica † optima sumitur interpretatio nigri sive ipsius textus qui rubricę sub-
11 ijcitur, & argumentum † à rubro sumptum dicitur probabile, frequens ac utile, ut tradunt Bart. Bal. Alex. Jas. Dec. & alii Dd. cõmuniter *in l. 1. per eũ tex. ff. si cert. pet.* Itẽ Bar. & alii Dd. *in l. 1 ff. de confir. tut. gl. in l. 1 circa fi. C. ne fidejus. dot. dent.* & in auth. *Ad hæc C. de usur. late* Euerh. *in loc. à rub. nu. 1.* Ideoq;
12 quando aliqua materia † posita est sub aliqua rubrica, inde judicatur esse illius naturæ cujus est rubrum gl. *in c. 1. & in c. si super gratia de offic. deleg. li. 6. & in c. tibi qui. de rescrip. eod. Itẽ gl. in C. ẽ. un. de offic. deleg* Euerh. *d. loc. à rub. n. 4. & 5.* ubi post alios à se allegatos addit, iis locis ex hoc argumento cõ-
13 cludi executores † & conservatores datos à Papa habere jurisdictionem delegatã, quia de ipsis agitur sub rubr. de offic. deleg. Et idẽ n. 4. ibi. subij-
14 cit, legẽ vel canonem † in dubio intelligi debere ut cõveniat rub. *per l. Imperat. ubi Bar. ff. de in diẽ addict.* Pano. *in c. inter alia circ. fi. de immu eccle.* Idẽ nominatim de statutis respondet post alios Dd. à se
15 adductos Dec. *cons. 386. n. 7. dicẽs*, Rubricã † declarare & demonstrare intentionẽ statuti. & Bal. *in l. un. col. 2 C ne lic ter. provo. dicit*: quãdo textus est du-
16 bius, rubricã † probare quomodo talis textus sit intelligendus, additq; hoc valde notabile esse ꝑ rubricis statutorũ, Decia. *resp 13. n. 26. li. 3. ait*, ab
17 omnib. Dd. † doceri *in d. l. 1. ff. si cert. petat.* quod ex rubr. statuti liceat arguere. Quibus accedit Germanię J.C. Jo. Fich. in specie de statut. repub. Fracofurd. agẽs & ej⁹ verba explicãs *in cõs. 33. n. 18. li. 2.*
Quę cum ita se habeant in proposita ẽt facti
18 specie de statuto † reip. w. dicẽdum est, quod eo statuto de successione conjugũ in bonis constãte matrimonio acquisitis cavetur, ex rubr. partis 4. libri 4. statutorũ, sub qua collocatũ est, illius statuti interpretationẽ sumendã esse, & secundũ eã rubr. ad successionẽ ab intestato restrictionẽ fieri debere. Deinde hoc eo verius est, quod extrema & quidem omnia alia, tum antecedentia tũ sequentia illius partis quartæ, specialia statuta ad successionem ab intestato pertineãt, & quomodo ab intestato succedi debeat, disponãt. Mediũ
19 n. † sapit naturam extremorum quibus illud includitur *l. arbor quæ in confinio. in pr. ff. commun divi. Ioh. de Plat. in l. 1. C. de fund. limitroph. li. 11.* late Euer.
20 *in loc. ab extremis n. 1.* Et qualia † extrema sunt, talia & media esse præsumuntur c. inter dilectos. ubi Ant. de Butr. Abb. & Felin. *de fid. instru. c. Accedens. ubi gl. de convers. conjug.* Bal. & Moder. *in l. talis scri-*
21 *ptura per illum textũ ff. de leg 1.* Et quia † in tertia ut proxime præcedente parte libri 4. statutorum actum est de mera testamentaria successione, omnino præsumendũ est quod prædicta quarta parte, & in omnib. statutis sub ea positis, de sola successione ab intestato statuentes tractare volue-
22 rint. Ordo n † scripturæ quem statuentes vel disponentes observarunt, attendi debet. *l quoties. ff. de usufr. l generaliter. § quid ergo. ff. de fid. libert.* Dec. *cons. 601. n. 5.* Paris. *consil. 40 num. 2. lib. 4.* Dec. *resp. 13 nu. 28. & resp. 55. n. 6. li. 3.* Nicol. Euer. *late in loc. ab ordine nu. 1. & seqq.* Et per præcedentia † declaran- 23
tur sequentia *l. si servus plurium. § 1. ff. de leg. 1. l. qui filiabus. ff. eod. l. utrum ff. de petit. hered. gl. fin. in l. fin. §. cui dulcia. ff. de vin. trit. ol. leg.* Bart. *in l. Alimenta. ff. de aliment. & cibar. legat. & in l. quisquis. ff. de legat. 3.* Dec. *in consil. 425 numer. 16.* Cacheran. *decis. 167. num. 8.* Præterea statuta † juris correctoria & ex- 24
orbitãtia restringi debent, nec extensionem admittunt. *l. quod vero ff. de legi. gl. & Dd. in auth. quas actiones. C. de sacros. eccles.* Bar. *in l. constitutum. ff. de milit. testam.* Franc. Curt. *in l transigere, n. 20. C. de trãsact.* Paris. *cõs. 46. n. 68. & 70. lib. 1.* Decian. *resp. 13. n. 10. li. 3.* Franc. Niconit. *in rubr. ff. de oper. nov. nunc. n. 267.* ubi ait statuta quam strictissime accipienda esse, ut evitetur juris communis correctio, atq; hoc ipsum mente tenendum.
Eo vero magis in proposita facti specie statutum restringendum est, nec ad successionem testamentariam extendẽdum, quia non solum cõtra jus civile est, sed &, dum † parentes etiã à bo- 25
nis constãte matrimonio acquisitis excludit, cõtra jus pietatis & naturæ *l. liberi. § fin. C. de inoffi. testam. l. ult. C. de inst. & substit. in pr. & §. 1. Instit. ad Tertul.* Idq; ita in terminis statuti avum à successione removentis respondet Decia. *respon. 13. n. 16. & 24 li. 3.* Corn. *cons. 120. n. 2. li. 2.* Quod a parentes excludantur per statutum de quo hic agitur, inde liquet, quod per illud eo casu, quo liberi deficiunt, conjuges ad successionem admittantur, nec ullarum aliarũ personarũ fiat mentio, ideoq; si verba statuti de successione prolata ẽt ad exclusionem à facultate testãdi extenderentur, consequeretur quod ipsi ẽt parentes nõ solum sine testamento descendentib. liberis nõ succederent, sed & ne quidem per testamentum vel aliam ultimam voluntatem effici posset, ut ad liberorum successionem venirent, etiamsi maxima essent bona constante matrimonio acquisita.
Restringi vero & eo nomine debet hoc statutum, nec extendendum est ultra causam intestati, quia, quemadmodum testamentorum † maxi- 26
m⁹ est favor, *l. 1. C de sacr. eccl. l. si pars. ff. de inof. test l. in testamẽtis ff. de reg. ju.* & publice † interesse dicitur 27
ut ea effectum sortiãtur. *l. vel negare. ff. quẽadmodũ testa. aperiant.* ita etiã † statuta liberã testãdi facul- 28
tatem adimentia ac impedientia iniqua censentur. Paul. de Cast. Ale. & Are. *in l. ex facto in pr. ff. de vulg. & pupil. subst.* Paris. *cons. 16. n. 4. li. 3.* Et similiter bonis † moribus repugnare dicuntur Ruin. *cons.* 29
57. n. 1. lib. 3 per text. in d. l. 1. C de sacro. eccle. & l. stipulatio hoc modo. ff de verb. obliga. Ideoq; Bal. *in l fi. C. de pact.* in specie negat valere tale statutum, † quo 30
simpliciter pater prohibetur aliquid relinquere filiæ nuptæ extra territorium, quod hoc casu auferatur libera facultas testandi, Idem tradit Rui. jam citato loco.
Jam vero si hoc statuto diceretur conjugib. ꝓhibitum esse libere disponere de bonis constante matrimonio acquisitis, consequeretur impediti liberã testãdi facultatem, & efficeretur sępe ut omnino etiã adempta esset illa facultas, quia sola successio ab intestato haberet locũ, nec posset cõjux discedens aliquid per testamentũ in ea mutare, idq; eo etiã casu fieret, quo maxima essẽt bona

bona acquisita, & nulla alia reperirentur, quam labore & industria acquisita, quemadmodum non raro fit, ut admodum magna sint illa bona, vel etiam ut conjuges nulla fere alia bona habeant, quam quæ constante matrimonio sunt acquisita, idque potissimum in mercatoribus testatur experientia.

31 In omni etiam actu † & dispositione ita in dubio interpretatio fieri debet, ut, quoad ejus fieri potest, quam minime recedatur à jure communi *l. si stipulatus. ff. de usur.* Menoch. *de arbitr. judic. quæst. cas.* 199 *numer.* 9. Hieron. Grat. post Socin. & Dec. *à se alleg. in consil.* 16. *numer.* 43. *libr.* 1. Alex. *in cons.* 13. *num.* 15. *lib.* 5. Idem cum primis in statu-

32 tis fieri debet, & in specie † de iis ita traditum est, ita interpretationem eorū fieri debere, quo minime à jure communi recedatur Cacheran. *dec.* 57. *n* 3 *& dec.* 59. *n.* 12. Rui. *ad rubr. ff. de nov. oper. nūc n.* 1. Paris. *cons.* 16. *n.* 92. 93. 106. *vol.* 2. Ceph. *cōs.* 323. *n.* 68. *li.* 3. Atq; hoc adeo verum est, ut locū habere dicatur etiā si verba statui generaliter & universaliter sint concepta gl. & Bal. *in l. fi. C. sine cens. vel reliq* Idem. Bal. *in l. cum à matre. vers. ultim. quæritur. C. de rei vind.* Jul. *in auth præterea. n.* 17. *vers. puto tamen C. unde vir. & uxor.* ubi exemplum ponit in statuto Mutinensi Dec. *cons* 444. *arg. l. si quando. C. de inoffic. testam. l.* 2. *C. de noxal. act. l. fin. §. in computatione. C. de jur. deliber* Felin. *in c. sedes. nu* 3. *& seq de rescript.* Cacheran. *post al. cos decis. Pedemont.* 169 *n.* 4. *ubi ait.* licet statutum generaliter loquatur, & utatur verbis universalibus, ut puta, omnes omni casu, vel quilibet, tamen recipere interpretationem & declarationem, ut quoad ejus fieri potest, quam minime deroget juri communi.

Quare in proposita etiam quæstione ea interpretatio, statuti fieri debet, ut, quoad ejus fieri potest, quam minime recedatur à jure communi, & eo minus, cum detur ab intestato, contra jus commune, cōjuges sibi invicem in bonis cōstāte matrimonio acquisitis ex eo statuto succedere illud in dubio ulterius contra idem jus cōmune extēdendum est, ut videlicet etiam facultas testandi, & alium, quam conjugem heredem instituendi vel aliqd legādi in iis bonis adimatur.

Præterea attendendū est in hoc statuto quod sub tit. 6. prædictæ quartæ patris libri 4. statutorum ita conceptum sit, ut adjiciatur dictio adversativa, Aber/ & ibid. in præcedentibus verbis

33 de dote, † donatione propter nuptias, & bonis immobilibus hereditario jure acquisitis statuatur, ea bona ad proximos heredes defuncti unde profecta sunt redire debere, & tamen id de sola successione ab intestato intelligatur, nec libera de iis disponendi facultas excludatur, Idq; extra controversiam esse puto, & satis expresse cautū est *in ead part.* 4. *ti.* 1. *in pr. vers.* Darumb ist gesetzt.

34 Atqui adversativa † particula sed, vel autē, habet vim conjungendi & repetere censetur qualitatem proxime præcedentem sive præcedentibus verbis comprehensam *l. Seja. §. Cajo. ff. de fund. instruct. leg. gl. in §. Item lapilli. Inst. de rer. divi.* Bal. *in l. omnes populi. col.* 10. *ver. modo quæro utrū unum. de just. & jur.* Alex. *in l. filius à patre. col* 7. *ff. de li. & posth.* Ancher. *in c. Canonum statuta. vers. quærit etiam Bal. & c. de const.* & Cyn. *in auth. sacramenta puberū in pr.*

35 *C. si advers. vend.* ubi inquit, quod adversativa † ponatur in iisdē de quibus præcedentia loquūtur. Idem in terminis statuti respōdent Dec. *cōs.* 387. *n.* 7. Alex. *cons.* 99. *n.* 9. *li.* 7. ubi addit, quod † unum 36 caput statuti trahatur ad aliud propter cōjūctiones adversativas. Quibus accedit Natt. *cons.* 570. *n.* 8. 9. 10. *&* 11. *li.* 3. *ubi n.* 8. *ait,* adversativam † au- 37 tem repetere præcedentia cum omnibus qualitatib. *& n.* 11. *addit, ex iis,* q̄ de adversativa dictione in præmissis dixit, consequi, quod testator adiecta adversativa dictione instituens alios in proprietate heredes, intelligatur ob eā adversativā loqui de heredib. eiusdem generis, de quib. locutus fuerat in præcedenti clausula. Quare dicendum est in hoc, de quo nūc agimus statuto, qualitatem, quæ in verbis præcedentibus cōtinetur, repetitam esse, ideoq; sicut in iis præcedentibus verbis de iis, qui ab intestato succedunt, agitur, nec libere disponendi facultas excluditur, sic & de eiusdem generis successoribus in bonis constante matrimonio acquisitis accipiēdū esse hoc statutum, & nihilominus cōiugibus integrū esse de huiusmodi bonis libere disponere.

Sane si hoc statutum ita intelligeretur, ut non solum ab intestato contra ius commune, coniuges proximis cōsanguineis defuncti in bonis acquisitis præferrentur, sed & defuncto adempta esset libera facultas de iis bonis testandi, & alium quam coniugem heredem instituendi, sequeretur, quod specialia cum iure communi pugnantia multiplicarentur, & statutum hoc unum, & duo contra ius commune operaretur Dispositio vero quælibet † in dubio ita restringi debet, ne 38 specialia multiplicentur. *ut tradunt omnes Dd. in l. singularia ff. si cer. pet. & post eos ita à se in terminis statuti allegatos* Decia. *resp* 13. *n.* 23. *l.* 3. Et quādo statutum † potest unum & duo operari contra ius cō- 39 mune, ita intelligi debet ut in uno tantū sortiatur effectum Ant. de Burr. *in c. ū dilect. de don.* Cacher. *dec.* 59 *n.* 13. *& dec.* 165 *n.* 22. Franc. Curt. *in l. transigere. n.* 20. *C. de transact.* Goz. *cons.* 84. *n.* 13. *& cons.* 35. *n.* 14. Idem respondent Ro. à Val. *cons.* 70. *n.* 38. *li.* 3. Port. *cons* 86 *nu.* 6. *& cō.* 127. *n.* 8 Grat. *in cōs.* 19. *n.* 46. *& cōs.* 121 *n.* 121. *vol.* 1. Itaq; in hoc statuto ea interpretatio fieri debet, ut unū potius speciale contra ius commune inde oriatur, quam duo, Ideoq; ad solam successionem ab intestato restringatur, nec simul alterum speciale contra ius commune operetur, quod videlicet defunct⁹ coniunx non habeat facultatem libere de bonis acquisitis in sua parte disponendi.

Et quia durissimum est † facultate de suis bo- 40 nis, præsertim iis, quæ quis magno labore & molestia ipse acquisivit, libere disponendi privari, maxime si acquisita bona admodum magna sint, vel etiam nulla alia bona quis habeat, verosimile sane est, si statuentes de hoc dubio de quo nūc agitur interrogati fuissent, respōsuros & expresse potius in statuto dicturos fuisse, quod statutū ad solam successionē ab intestato pertinere, nec per id facultatē testādi de bonis cōstāte matrimonio acquisitis ademptā esse vellet. Jā v. quæ sit † mens 41 alicuius statuti inde cognoscitur, si inspiciatur quid verisimiliter statuētes disposuissēt, si de eo, q̄ in dubiū vocatur interrogati fuissent ut tradit Cacher. *dec.* 59. *n.* 9. Et facit huc, quod generaliter id dicatur † méti agentiū & disponētium consen- 42 taneum

teneum esse, quod agentes vel disponentes respondissent, si interrogari fuissent *l. Titi⁹. ff. de li. & posth. l. fin. C. eod. gloss. & alij Dd. in l. tale pactum. §. fin. ff. de pact.* quemadmodum consulendo etiam tenuit Paris. *cons. 69 n. 16. & cons. 95. n. 18. vol. 2.* Curt. *jun. cons. 70.*

43 Est a. & illud certi iuris, quod, qui nititur † iure correctorio & exorbitanti à iure communi, ei incumbit onus liquido probandi, quod eo casu, de quo agitur sit dispositio correctoria & exorbitans ut tradunt gl. & Dd *in clem. fin. de rescrip.* Bal. *in l. hi qui ad civilia. C de appel.* Paris. *cõs. 62. n 32. li. 4.*

44 Correctio † enim iuris non præsumitur, nec inducta censetur, nisi expresse de ea constet *l. quãvis. C. de testam. l. præcipimus in fi. C. de appel.* Et gene-
45 raliter constat † mutationem non præsumi *l. eum qui voluntatem. ff. de proba. l. cum hic status. in pr. ff. de don. inter vir & ux. c. majores, de baptis.* Alciat. *de præ-*
46 *sumpt. reg. 3. in princ.* Illud vero, † contra quod est præsumptio iuris, liquido probari debet Abb. *in c. quià verisimile, not. 2. de præsumpt.* Spec. *in tit de probat. §. fin. vers. fin. lib. 3.* Cravet. *cons. 129 num. 13* Menoch. *cons. 101. num. 52. lib. 1.* Ceph. *cons. 211. n. 6. &*
47 *7.* Quemadmodũ & cõtra † regulã aperte cõtrarium debet doceri, & pro ea pronunciandum est nisi tam aperta probatio fiat *l. ab ea parte. ff. de probat. l. suus. §. puto ff. de hered inst. l. 2. & ibi not.* Bart. *ff. si quis in jus vocat non ier.* Dec. *in l. 1 ff. de reg. ju.* Bal. *in l. si tutor. in fin. C. de serv. pign. dat. manumiss.* Adeo
48 ut res certa † atque indubitata esse dicatur, quæ ex generali regula definitur *Bart. in l. quoties. ff. si quis caut.* Jas. *in l. ded. §. : n. 4. ff. de cond. caus. dat.* Cravet. *cons. 25. n. 8.* ubi dicit ideo partẽ adversam allegare & probare teneri legem, qua cavetur regulam non procedere.

49 Regulam † vero iuris communis pro se habere solet, qui stat contra statutum à iure exorbitans, ut ait Decia. *resp. 13. n. 34.* Et in specie de prædicto statuto W. certum est, quod repugnet re-
50 gulæ iuris communis, ex quo † constat ad coniugis defuncti successionem proximos eius cõsanguineos admitti, & superstitem coniugem non aliter, quã deficientibus illis consanguineis, succedere, eaq; in re nullã constitui distinctionẽ & differentiam inter bona peritia, labore & industria defuncti cõiugis acquisita & alia *l. un. ff. unde vir & ux. & l. un. C. eo.* Et sane duplici ratione regulam contra se habet, qui nititur eo statuto W. si per illud non solum ab intestato consanguineos per superstitem coniugẽ excludi, sed & facultas de iis bonis testandi adempta esse diceretur.

Deniq; maximi momenti hic esse censeo collationem huius statuti cum statuto Reipub. F. de iisdem bonis inter coniuges disponente, quia ci-
51 vitas W. & F. † sunt Imperiales & Vicinæ, Et in
52 utriusq; iure † municipali diligenter & prudenter id actũ est, ut, quoad eius fieri potuit, & quatenus circumstantiæ peculiares aliud nõ desiderarunt, quàm minime recederetur à iure com-
53 muni. Et quemadmodum Respublica † w. in suo iure municipali diversis & separatis tractatibus & partibus de successione testamentaria, & successione ab intestato egit, & illam priorem, hanc posteriorem esse voluit. Itẽ in posteriori de successione coniugum peculiari titulo tractavit, & eos sibi invicem in bonis constante matrimonio acquisitis succedere debere disposuit, sic & illud omne factum est in iure municipali Reipubl. F. ut cum primis ex reformatione apparet. Jam ve-
ro † iure municipali Reipu. F. *in d. reformat. par. 6.* 54
(quæ æque ac W. pars quarta habet rubricã seu inscriptionem de successione sine testamento) *tit. 7. §. 2.* illud, quod de statuto W. de successione coniugum in dubiũ vocatur, expresse ita decisum est, ut constitutũ sit licere coniugibus, tã de bonis constante matrimonio acquisitis, quã de aliis suis bonis libere disponere: Idq; confirma-
tur † *eod. titul. §. 1.* dum exceptio statuitur eo casu, 55
quo ex singulari ira vel odio sine culpa superstitis coniugis testamentum fit & tertio aliquo instituto is coniunx successione in iis bonis priva-
tur. Nã exceptio † firmat regulam in omnib. casi- 56
bus non exceptis. *l. Nam quod liquido. §. 1. ff. de penu legat. l. quæsitum est. §. deniq; in fi. & ibi not.* Bart. *ff. de fund. instr. leg* Quę cum in statuto F. ita se habeant, eo magis dicendum est, & W. statutũ nõ alio sensu esse accipiendum, quàm, licet ab intestato cõiuges sibi invicem succedant in bonis constante matrimonio acquisitis, ut tamẽ libere de illis disponere, & alios, quã coniuges heredes instituere possint.

Atq; hęc quidem omnia cum ita sint, non obstant quæ supra inter dubitandi rationes adducta sunt. Nam quantum primũ attinet ad quartam, quæ inopi coniugi superstiti in defuncti locupletis coniugis bonis debetur *ex nov. 53. §. quoniam vero, & auth præterea. C. unde vir & ux.* non sumus hic in terminis huiusmodi quartæ, & inde argumẽtum sumi non potest, cũ à separatis † ma- 57
le ducatur argumentum, nec inde inferri debeat *l. fin ff. de calumniator. l. neq; natales. C. de proba. l. quintus Mutius. §. argento ff. de aur. & arg. leg.* Idq; hic eo verius est, quod hic non solũ de nuda quarta superstiti coniugi debita, vel etiam de inope coniuge superstite non agatur, sed & alia peculiaria, & quidem ẽt ex ipso iure municipali W. & eius collatione cum F. iure municipali habita, occurrant, quæ magnam diversitatem respectu istius quartæ induEunt, ut ex supra adductis fundamẽtis elucescit. Cui accedit, quod erroneũ sit † quod 58
Bal. Fulg. Paul. de Cast. & Dęc. *in d. auth. præterea, asserunt expressum in ea auth. esse text.* pro ea sententia, qua tenetur, quartam illam non solum ab intestato, sed & contra testamentum & voluntatẽ defuncti deberi. Nam in ea auth. nulla de testamento vel alia ultima voluntate fit mentio, Neque hoc etiã fit *in novel. 53. §. quoniam vero*, unde ea auth. sumpta est ab Irnerio, qui interpres iuris non legislator fuit. Ideoq; etiamsi † testamẽti fa- 59
cta esset mentio *in d. auth. præterea.* tamẽ potius respiciẽdũ esset *ad d. novel. 53.* ut ipsam Imperatoris constitutionem.

Non obstat ẽt quod ius quæsitum ex dispositione legis vel statuti habenti, auferri illud non debeat: quia ante mortẽ defuncti, quo tẽpore testamentum fit, nec dum ullũ ius quæsitũ fuit superstiti, sed successio demum post mortem debetur, idque ipsa statuti verba expresse habent, Prę-
terea hoc argumẽti genus rectiꝰ retorqueri potest, ita videlicet ut dicamus, privationem † iuris 60
competentis nunquã inductam intelligi, nisi id expresse dicatur *novel. 2. de nõ elig. secũdo nubẽt. &c.*

H §. Cum

§.Cum igitur.l.at si quis.§.domus.ff.de relig.& sumpt. fun.gl.& Abb.in c.fin de jur.patron. Alex.*in l.etiã.§.1. col.3.vers.confirmo.ff.solut.matrim.& cons* 103.*nu.*15. *& cons.*124.*in fin.vol.*1.Parpal.*in l.si quis major.in* 17. *notab.C.de transact.* Itaq; hæc retorsio hic eo magis contra exclusioné statuti attendéda est, quod ex ea non solum sequeretur privatio juris, quod ex jure communi haberent proximi consanguinei, ut qui inde ab intestato vocantur, & ex testamento contra rigorem statuti juvari possent, sed & ipse defunctus privaretur suo jure testandi, ꝙ adeo ei competit, ut Imperator Constantinus *in l.*1.*C.de sacr.eccles.* dicat, nihil esse, quod magis hominibus debeatur q̃ ut supremæ volũtatis, postquã jam aliud velle nõ possunt, liber sit stylus, & licitum, quod iterum non redit arbitrium.

Similiter non facit negotium quod objiciebatur, interpretationem statuti ita fieri debere, ut aliquid adjiciatur, per jura supr. inter dubitandi rationes allegata. Nam etiam tunc, cum dicitur per statutum W. successio ab intestato inter conjuges exclusis proximis cõsanguineis in bonis constante matrimonio acquisitis, admitti aliquid adjicitur, ut videlicet inter eos consanguineos etiam parentes contineantur. Atque hæc certe magna est additio ad jus commune. Merito igitur ulterius non fit extensio, nimirum ad exclusionem etiam facultatis libere de hujusmodi bonis disponendi, cum præsertim ea ex-
61 clusio † admodum sit odiosa ut ex iis quæ supra deducta sunt, patet. Verum quidem etiam est, quod verba simpliciter & generaliter prolata indistincte sint accipienda. Sed è contra verum
62 etiam est, Nullum esse † adeo generale & universale verbum, quin ex consideratione circumstantiarum debeat civiliter intelligi, restrictionemque recipere *l. si mihi in via. §. ultim. ff. de leg.* 3.*l.obligatione.ff.de pignor.l.ut gradatim.§.etsi lex ff.de mun.& honor.l.& non tantum.§.quod si pro emptore. ff. de petit. hered. late Cacheran. decis.* 169.*numer.*9. Oldrad.*consil.*148.*numer.*7.*& consil.*268.*numer.*1. Neviz.*consil.* 40.*numer.*12.*post* Felin Jason. Pur-
63 pur.& alios per eum allegatos. Et † dicuntur verba generalia & universalia restringi ad id, quod est rationis *l.*1.*§.quod ait.ff.ne quid in loc. sacro* Marc. Mant.*in singul.*105.*numer.*2. Zas.*in l. quoties in stipulationibus.numer.*8 *ff.de verb obligat.& consil.* 14.*numer.*54.*&* 57.*lib.*1.Socin.*reg.*526.*incip. verba proprie.vers.decimo fallit.* Euer.*in loc. Ab absurdo.* Hic vero & ratio & diversæ circumstantiæ urgent ut fiat restrictio ejus, quod generaliter & indistincte in statuto W. profertur, ut supra ostensum.

Proinde etiamsi coniunx superstes in statuto W. dicatur bonorum constante matrimonio acquisitorum & à defuncto coniuge relictorum post mortem defuncti dominus esse, & liberam administrationem habere, tamen ob ea quæ inter decidendi rationes supra adducta sunt, non aliter hoc accipiendum est, quam cum illa restrictione & limitatione, nisi ante mortem testaméto aliter à defuncto fuerit dispositum. Neque e-
64 nim plus iis verbis exprimitur † quam si dixisset statutum superstitem cõiugem post mortem defuncti heredem esse, vel succedere, quia & heres
65 bonorum † à defuncto relictorum est dominus, & administrationem liberam, tanquam effectũ veri & pleni dominii, habet, cum in omne ius defuncti succedat, & defunctum ipsum plene repræsentet *l.heredem.& l.hereditas.ff.de reg jur.&c.*

Regnerus Sixtinus I.V.D.

Consilium XV.

Quod est

HERMANNI VULTEJI

J. C. nomine facultatis iuridicæ in Academia Marpurgensi conscriptum.

SUMMARIA.

1 *Veritas disputando reperitur & eruitur.*
2 *Veritatem occultare peccatum est mortale.*
3 *Iurisconsulti non debent deesse justitiæ.*
4 *Iurisconsulti etiam inviti tenentur consulere.*
5 *Iudicans accurationem adhibere debet.*
6 *Causa matrimoniales arduæ sunt & graves & nu.* 258.
7 *Causæ matrimoniales sunt spirituales.*
8 *Actionis genus ex libelli conclusione æstimandum.*
9 *Cumulari possunt in eodem libello plures actiones.*
10 *Etiam in casu prohibito, si de eo non fuerit exceptũ.*
11 *Certus certioratione ulteriore non indiget.*
12 *Litis contestatio obligat ad instantiam.*
13 *Libellus post litis contestationem non potest emendari vel mutari.*
14 *Litis contestatio inducitur sola negatione.*
15 *Renunciare cuilibet licet juri suo.*
16 *Displicere non debet, quod semel placuit.*
17 *Iudex non communicat officium suum nisi imploratum.*
18 *Libellus non est ineptus, ex quo constat de jure actoris.*
19 *Libellus ineptus interdum sustinetur.*
20 *Instantia ob ineptitudinem perempta omnia acta corruunt.*
21 *Relatum inest referenti cum omnibus qualitatibus.*
22 *Stuprum est delictum, & eo majus si factum sit vi adhibita.*
23 *Pœna authoritati juris relinquitur.*
24 *Conclusione in causis criminalibus opus non est.*
25 *Clausula salutari censetur imploratum officium judicis etiam in non petitu.*
26 *Voluntas facto declaratur.*
27 *Mutatio voluntatis non præsumitur.*
28 *Matrimonialis causa æquiparatur criminali.*
29 *Posteriora præferuntur prioribus.*
30 *Actionis intentatæ qualitas colligitur ex medio cõcludendi.*
31 *Conclusio, non narrata libelli attendenda sunt.*
32 *Conclusionis libelli effectus.*
33 *Inclusio unius est exclusio alterius.*
34 *Regula semper etiam in dubio standum est.*
35 *Intellectus c.1.Ex.de adulter.*
36 *Consuetudo optima legum & canonum interpres.*
37 *Condictio* ex d.c. 1. ext. de adulter.*civilis est.*
38 *Judicium civile est cum agitur ad pœnam parti: criminale, cum agitur ad pœnam fisco applicandã.*
39 *Civilis & criminalis judicij æque principaliter intentati non admittitur cumulatio.*
40 *Cumulatio majoris & minoris causæ non permittitur.*

41 Mensis & dies criminis in libello criminali est exprimendus.
42 Res judicata pro veritate habetur.
43 Non entis nulla sunt qualitates.
44 Relatio ultra mentem & intentionem referentis extendenda non est.
45 Intentio non verbis, sed verba intentioni inservire debent.
46 Clausula salutaris certo remedio adiecta ad id coarctatur.
47 Clausula salutaris pluribus remediis competentibus restringitur ad id ex quo minor est condemnatio.
48 Mutatio præsumitur, cum apparet de contrario.
49 Externa præsumere faciunt de internis.
50 Ius in facto est positum, ex quo sumitur.
51 Pactum negatum probandum est ab asserente.
52 Stuprum non committitur nisi in virginem seu viduam honeste viventem.
53 Confessio omnium optima est probatio.
54 Confessio in judicio facta notorium inducit.
55 Verba cum clara sunt & perspicua tenenda sunt.
56 Talis quisq; esse præsumitur, qualis à vulgo reputatur.
57 Præsumptio onus probandi in adversarium transfert.
58 Virgo esse fœmina præsumitur.
59 Dubitans comparatur ignoranti.
60 Iuramento probari potest virginitas.
61 Testi singulari fides adhibetur contra producentem ipsum.
62 Confessio extrajudialis probatur per duos testes, & parte absente facta inducit semiplenā probationem.
63 Notario creditur in eo, quod coram ipso gestum est.
64 Notarius præsumitur officio suo probe functus.
65 Iuramentum & probatio æquiparantur.
66 Dolus est delictum.
67 Delictum non præsumitur.
68 Dolus non præsumitur.
69 Dolus est difficilis probationis.
70 Dolus solis conjecturis & indiciis probari potest.
71 Præsertim in delictis occultis.
72 Dolus præsumitur in eo, qui operā dedit rei illicitæ.
73 Dolus probatur ex verosimili.
74 Mulier non præsumitur se prostituere.
75 Stuprata præsumitur esse seducta.
76 Puella junior per vim stuprata præsumitur.
77 Ætas allegata probanda est.
78 Ætas probatur per aspectum.
79 Parentes regulariter in causis liberorum non sunt testes.
80 Parentes testes sunt idonei ad probandam ætatem liberorum.
81 Parentum dicta in causis liberorum probant cum aliis.
82 In his, quæ difficilioris sunt probationis probatio etiā per conjecturas sufficit.
83 Ætas est de his quæ sunt difficilis probationis.
84 Litera à magistratu emissa & sigillo publico sigillata inducunt probationem probatam, non probandam.
85 Quinimo testibus præponderant.
86 Vicini præsumuntur scire facta vicinorum.
87 Parentibus liberi solent esse similes.
88 Quilibet à natura præsumitur esse bonus.
89 Et qui olim bonus, adhuc hodie bonus esse præsumitur.
90 De præterito præsumitur in præsens.
91 Honestas multum operatur ad excludendam præsumptionem doli.
92 Præsumptio non ad capienda, per quam quis in delicto hærere dicitur.
93 Bonitatis præsumptio enervatur per vitam maleactam.
94 Semel malus, semper in eodem delicti genere malus præsumitur.
95 Mutatio non præsumitur.
96 Testes duo sufficiunt.
97 Testi etiam singulari de facto proprio deponenti creditur.
98 Testes singulares probant de diversis ad eundem finē tendentibus.
99 Conscientiam externus habitus arguit.
100 Contra variantem est præsumptio, ita ut ex eo judicium ad torturam fiat.
101 Acta notorium inducūt, & faciūt plenā probationē.
102 Confessio in scriptis facta revocari nequit.
103 Confessionis geminatio maximi ponderis est.
104 Confessio extrajudicialis, geminata æquiparatur confessioni judiciali, & plenissime probat.
105 Argumentum à minori ad majus in jure est frequens & validum.
106 Confessio judicialis confitenti præjudicat.
107 Qualitas confessioni annexa rejicitur.
108 Fundamentum intentionis suæ quilibet probare debet.
109 Probatio incumbit affirmanti.
110 Negans non gravatur probatione.
111 Ad probandum admitti non debet, quod probatum non relevat.
112 Conditio inhonesta pro non adjecta habenda.
113 Cōditio subsecuta purificat cōtractū matrimonialē.
114 Conditio pro impleta habetur, cum per eum, ad quē spectat, stat, quominus impleatur.
115 Scripturam producens censetur confiteri in ea cōtēta.
116 Matrimonium solo consensu perficitur.
117 Pro sententia præsumitur.
118 Pro matrimonio præsumitur.
119 Pro matrimonio in dubio judicandum est.
120 A communi opinione in judicando non est facile recedendum.
121 In causis matrimonialib. unius authentici doctoris sententia quæ est pro matrimonio, prævalet communi opinioni.
122 Matrimonij favore multa specialia sunt recepta.
123 Singula conjuncta etiam in causis matrimonialib. fidem faciunt.
124 Iuramentum suppletorium in causis arduis non defertur.
125 Iuramentum suppletorium etiam in causis arduis defertur, cum est plus quam semiplene probatū.
126 Iuramentum suppletorium locum habet in causa matrimoniali, si matrimonium plus quam semiplene sit probatum.
127 Iuramentum probationem facit plenam.
128 Iuramētum majorem vim habet, quā res judicata.
129 Iuramentum habet executionem paratam.
130 Contra juramentum delatum & præstitum non admittitur probatio.
131 Iuramentum parit exceptionem litis finitæ.
132 Nemo creditur pejerare.
133 Stuprator stupratam decenter dotare tenetur.
134 Quod non est verosimile habet speciem falsi.

135 *Dolus arguitur ex taciturnitate.*
136 *Taciturnitas arguit approbationẽ ejus, qp gestũ est.*
137 *Taciturnitas medium quod est inter consensum & dissensum.*
138 *Animus pracedens declaratur ex actu subsequenti.*
139 *Falsa causa allegatio arguit dolum.*
140 *Negativa eo ipso probatur, quod ex adverso affirmativa non probatur.*
141 *De praterito prasumitur in prasens.*
142 *Perseverantia mali prasumitur.*
143 *Ex prasenti prasumitur prateritum & 145.*
144 *Qui nõ est solvendo prasumitur antea etiam non fuisse solvendo.*
146 *Habitus sive vestitus arguit qualitatem hominis.*
147 *Mulier non prasumitur donare.*
148 *Mulierum genus est avarissimum.*
149 *Donatio non prasumitur.*
150 *Interpretatio potius quavis alia, quam qua sit donationis, capienda est.*
151 *Testis, qui se subscripsit alicui instrumento, non potest contra id testificari.*
152 *Subscriptio prafertur depositioni cõtraria ẽt jurata.*
153 *Voluntas hominis declaratur à verosimili.*
154 *Verosimilitudo est cognata natura.*
155 *Verosimilitudo in probationibus est attendenda.*
156 *Paupertas fidem testis minuit.*
157 *Paupertas sola nõ repellit quẽ à ferendo testimonio.*
158 *Paupertas an repellat à testimonio ferendo in judicis est arbitrio.*
159 *Depositioni testis judiciali plus credendum, quam extrajudiciali.*
160 *Adeo ut etiamsi postea testis contrarium dicat extrajudicialiter id non attendatur.*
161 *Edictum de testibus est prohibitorium.*
162 *Domesticorum testimonium reprobatur.*
163 *Domestici quinam dicantur.*
164 *Fœmina nupta incipit esse in familia mariti sui.*
165 *Domestici qui fuerunt, si amplius non sint, testes sunt idonei.*
166 *Domesticorum vilium testimonium rejicitur, non honestorum.*
197 *Domestici pro innocẽtia rei probãda admittũtur.*
168 *Numerus testium supplet eorũ defectum. & n. 171.*
169 *Famul⁹ domesticus nõ habẽs salariũ testis est idone⁹.*
170 *Domestici testes sunt idonei, si agatur de probatione rei, que per alios quã per domesticos sciri nequit.*
172 *Dictum testis minus idonei convalidatur per contestes fide dignos.*
173 *Testis unus fide dignus probat plene cũ teste infami.*
174 *Testis unicus probat contra eũ, qui ipsum produxit.*
175 *Testis unus de veritate, & duo de fama deponentes plenam fidem faciunt.*
176 *Famuli honesti in causis matrimonialibus testes sunt idonei.*
177 *Testibus, quorum laus & vituperium agitur credendum non est.*
178 *Si agatur id immediate, secus si fiat id in quandam consequentiam.*
179 *Testis protestatione sibi ea in re consulere potest.*
180 *Soror pro fratre testimonium ferre potest.*
181 *Non tamen in causa ardua & gravi.*
182 *Nisi pro innocentia & defensione ejus.*
183 *Inimicus à testimonio repellitur.*
184 *Inimici qui dicantur.*
185 *Inimicus etiam reconciliatus nõ est testis idoneus.*
186 *Inimicitia cum sua qualitate probanda est.*
187 *Inimicitia qua gravis qua levis sit, arbitrio judicii remittitur.*
188 *Perjuro non est credendum.*
189 *Collecta onera sunt patrimoniorum nõ personarũ.*
190 *Amicus producenti maxime conjunctus non est testis idoneus.*
191 *Corrupto testi non est adhibenda fides.*
192 *Proxeneta in ea causa non est testis idoneus.*
193 *Amicitia sola non repellit à testimonio dicendo.*
194 *Testem producens impugnare nequit.*
195 *Etiamsi eo postea usus non fuerit.*
196 *Testificari est honos.*
197 *Proxeneta non admittitur in testem, nisi utraque parte consentiente.*
198 *Testi non jurato creditur pro eo contra quem est productus.*
199 *Testi non jurato non creditur, nisi remissum sit utrinq; juramentum.*
200 *Testibus juramentum utrinq; remitti potest.*
201 *Nobili major habetur fides, quam plebejo.*
202 *Mares in dicendo testimonio praferuntur fœminis.*
203 *Nobilis major sit an minor nihil interest in testimonio.*
204 *Testium dicta se invicem declarant.*
205 *Familiaritas quem non repellit à testimonij dictione.*
206 *Memoria hominis est labilis.*
207 *Testium dicta adjuvanda & concordanda sunt.*
208 *Adulterium in nuptam committitur.*
209 *Vinolento non est adhibenda fides.*
210 *Testis in specie criminis est impugnandus.*
211 *Confessio cum omnibus suis qualitatibus acceptari debet.*
212 *Scriptura fides est indivisibilis.*
213 *Suspectum se facit non faciens fieri consueta.*
214 *Instrumentum reprobatur probato eo, quod si subsistat, ipsum subsistere nequeat.*
215 *Notarium quem esse non prasumitur.*
216 *Notarius sine judicis commissione non potest testes recipere.*
217 *Ac ne quidem cum consensu partium.*
218 *Notario non creditur de commissione sibi facta asserenti.*
219 *Notarius requiri debet de instrumento faciendo.*
210 *Instrumentum non valet absq; signo Notarij.*
221 *Instrumentum nõ valet sine nomine Imperatoris.*
222 *Citari debet contra quem producuntur testes.*
223 *Citatio in omni actu etiam notorio prajudiciali requiritur.*
224 *Testis se offerens ad testificandum est suspectus & num. 235.*
225 *Probationes contra prasumptiones admittuntur.*
226 *Probatio specialis prafertur generali.*
227 *Testibus duobus in specie deponentibus, plus creditur quam mille deponentibus in genere.*
228 *Testibus dignioribus magis creditur, quam non ita dignis.*
229 *Testiũ numerus attenditur stante probationum aqualitate.*
230 *Ecclesiasticis magis creditur, quam Laicis.*
231 *Testis sibi contrarius est repellendus.*
232 *Testis esse non potest in causa, in qua consuluit.*
233 *Testis de auditu non probat.*
234 *Testis suam turpitudinẽ allegans audiendus non est.*
236 *Fœmina magis impudẽtes sunt & mendaces, quam (viri.*
237 *Turpitudinem suam nemo tenetur revelare.*

238 Reus se corrigere potest antequam convincatur.
239 Pœna negantis evitatur revocatione ante litem contestatam.
240 Violentia non præsumitur.
241 Præsumptio præsumptionem tollit.
242 Nimirum specialis generalem.
243 Et plures vincunt pauciores.
244 Et majores vincunt minores.
245 Et fortiores vincunt debiliores.
246 Præsumptio delicti exclusiva capienda potius, quã inclusiva.
247 Stuprum violentum capitaliter punitur.
248 Negativam nemo probare tenetur.
249 Probare conans & non probans, cum probare nõ teneretur, ob id sibi non præjudicat.
25[illegible] [illegible]us etiam non probans absolvendus est, si actor non probet.
251 Contractus sunt facti.
252 Contractus non præsumuntur.
253 Matrimonium non præsumitur.
254 Matrimonium probandum est.
255 Probationes in causis matrimonialibus requiruntur luce meridiana clariores.
256 Matrimoniales causæ comparantur criminalibus.
257 Matrimoniales causæ concernunt statum hominis.
258 Causæ matrimoniales graves dicuntur.
259 Testes in causis matrimonialibus debent esse omni exceptione majores.
260 Probandi onere gravatur contra quem est præsumptio.
261 Præsumptio est species probationis.
262 Probationes fortiores desiderantur ab eo, contra quem est præsumptio.
263 Arrharum dationes in matrimoniis contrahendis sunt consueta.
264 Argumentum à solitis in jure est validum.
265 Argumentum à communiter accidentibus in jure fortissimum est.
266 Falsi speciem habet, quod non est verosimile.
267 Disparitas personarum inducit in dubio præsumptionem matrimonij non contracti.
268 Dolus arguitur ex taciturnitate.
269 Matrimonium non contractũ solenniter habet cõtra se præsumptionem.
270 Matrimonium in tertio gradu contrahere prohibitum est.
271 Canonico juri statur in causis matrimonialibus.
272 Unusquisq; præsumitur se juri conformare velle.
273 Honestius & melius semper est præsumendum.
274 Consensus nuptias facit.
275 Ratificatio non sufficit.
276 Sed consensum oportet intervenire in ipso actu.
277 Quod declaratur.
278 Conditio nihil ponit in esse.
279 Conditio suspendit actum.
280 Conditionem impleri oportet, ut actus sustineatur.
281 Matrimonium sub conditione contractum suspenditur, quo ad illa sit impleta.
282 Conditione deficiente deficit actus.
283 Paria sunt non fieri, aut fieri quid, cujus conditio deficiat.
284 Conditio & causa finalis in idem recidunt.
285 Causa finalis ampliat & restringit dispositionem.
286 Cessante causa cessat effectus.
287 Transactione omnis lis tollitur.
288 Transactio & res judicata æquiparantur.
289 Privatio præsupponit habitum.
290 Transactio fit de dubiis.
291 Transactio an & quatenus fiat de matrimonio.
292 Transactio cui dolus causam dedit, rescinditur.
293 Transactio metu & verberibus facta non valet.
294 Dolus commissus remitti potest.
295 Dolus & metus non præsumuntur.
296 Transactio quomodocunq; fieri potest.
297 Testi etiam uni de facto proprio deponenti credendum.
298 Scribens, in id quod scribit consentire intelligitur.
299 Subscribens consentit subscripto.
300 Sigillatio inducit consensum sigillantis.
301 Minor contra transactionem juratã venire nequit.
302 Iuramentum minorem facit majorem.
303 Minor in causis spiritualibus habetur pro majori.
304 Restitutio in integrum non habet locum in causis matrimonialibus.
305 Transactio potest valere in vim pacti, si non valet ut transactio.
306 Confessio qualificata in totum acceptari vel repudiari debet.
307 Confessio sine causa est nulla.
308 Duo testes regulariter sufficiunt.
309 Solicitatori causa non creditur.
310 Quilibet verborum suorum est interpres.
311 Testi non creditur deponenti non verosimile.
312 Testis de auditu deponens nihil probat.
313 Testi patrono non creditur.
314 Quod quis impugnavit, ex eo idẽ juvari non debet.
315 Verba præcedentia interpretanda sunt ex sequentib.
316 Non quid fiat, sed quid fieri debeat, spectandum est.
317 Paria sunt aliquid non fieri, vel fieri quidem sed non legitime.
318 Mosaicæ legei an & quatenus sint recepta.
319 Confirmatio ejus, quod nullũ est, nihil operatur.
320 Confirmatio ejus quod est inutile, nulla est.
321 Sine causæ cognitione decretum factum est nullum.
322 Res inter alios acta, tertio non præjudicant.
323 Iudicandum est secundum acta, non secundum conscientiam.
324 Pluribus bene informatis credendum est.
325 Cuilibet in sua arte est credendum.
326 Appellatione sententia lata suspenditur.
327 Pro sententia quatenus præsumitur.
328 Pro sententia, cui obstat impedimentũ Canonicũ, non præsumitur.
329 Appellare licet à præstatione juramenti, etsi à delatione ejus appellatum non sit.
330 Pro matrimonio quatenus præsumatur.
331 Probatio redditur dubia per probationẽ contrariã.
332 Pro matrimonio clandestino non præsumitur.
333 Matrimonia clandestina sunt odiosa.
334 Matrimonium quatenus & quousq; sit favorabile.
335 Non entis nullæ sunt qualitates.
336 Paria sunt non esse, vel esse quidem sed non apparere.
337 Argumentum à minori frequens est, utile & firmum.
338 Favor matrimonij non debet præjudicare testibus.
339 Pro matrimonio uni doctori potius, quam mille cõtra matrimonium credi quatenus verum sit.

340 *Probationes imperfectæ quomodo conjungantur.*

341 *Probationes imperfectæ in causa matrimoniali nõ conjunguntur.*

342 *Probationes plenæ requiruntur, cum agitur de pleno præjudicio.*

343 *Iuramentum suppletorium non habet locum in causis matrimonialibus & n.345.& n.350.*

344 *Iuramentum suppletorium non habet locum in causis criminalibus.*

346 *Iuramentum suppletorium non defertur personæ vili & suspecta & n.348.*

347 *Iudicis arbitrio committitur an sit deferendum juramentum suppletorium.*

349 *Iuramentum suppletorium non habet locum, nisi semiplene probatum sit.*

351 *Iuramentum suppletorium non defertur ei, contra quem est præsumptio.*

352 *Iuramentum suppletorium non defertur verosimiliter pejeraturo.*

353 *Iuramentum suppletorium non defertur super non verosimili.*

354 *Iuramentum purgationis an & quomodo locum habeat in matrimoniis.*

355 *Conditio iniqua non debet uni inferri per alterum.*

356 *Iuramentum non debet esse vinculum iniquitatis.*

357 *Iuramentum trei comites habere debet.*

358 *Iuramentum habet conditionem actus, super quo interponitur.*

359 *Iuramentum non supplet defectum consensus & formæ.*

360 *Iuramentum non alterat naturam actus, de quo interponitur.*

361 *Appellari potest etiam à juramento præstito.*

362 *Sententia in causa matrimoniali lata non transit in rem judicatam.*

363 *Appellationes in dubio sunt recipiendæ.*

364 *Appellari potest à quacunq; sententia.*

365 *In dotanda stuprata utrius partis facultates, spectandæ sint.*

366 *Expensæ ex justa causa compensandæ sunt, cum alias regulariter victus in eas sit condemnandus.*

IN causa matrimoniali inter M. P. actricem ex una, & G.L. Reũ ex altera partibus acta quædã judiciaria nobis mense Novembri anni superioris, qui erat 1584. sunt oblata, in quibus actrix petiit daß der Beclagte die von ihr Prætendirte zugesagte/gelobte/angefangene vnnd consummirte Ehe zuhalten/mit dem Christlichen Kirchgang zubestetigen/Ihr auch dotem gepürender massen zuentrichtẽ/ehliche Pflicht vñ Beywohnũg zuleistẽ schuldig vnd pflichtig erkãnd vñ erklärt. Er Beklagter auch vermittelst gerichtlicher Hülff darzu gezwungen vnd angehalten werden möchte/prout ex processu desuper habito, nobisq; transmisso latius cognosci potest: rogatiq; ut quid de jure in ea controversia decidendũ esset nos resolveremus, actis diligenter lectis, & re in pleno nostro collegio bene deliberata respondimus prout sequitur: In Ehe vnd devirgination Sachen/ M.P. Clägerin an einem gegen vñ wider G.L. Beklagten am andern Theil berichten wir Decanus vnnd Professores der Juristen Facultet zu Marpurg nach fleissiger Verlesung vñ Erwegũg d' eingebrachtẽ Clag/defensionaliũ respective gegebener responsionũ darauff beyderseits geführtẽ lebendige vnd schrifftlichen Beweisthũb Probation vñ Cõfutation Schrifft vor Recht daß Beklagter von angestalter Clag/zuabsolvirẽ vñ zuerledigẽ/gleichwol aber die bewilligte zweyhundert Thaler/Clägerin vñ ihrem Vatter zuerstatten schuldig sey/ mit Vergleichung der Gerichtskosten auß hierzu bewegenden Vrsachen von Rechts wegen.

At nuper 7. Augusti anni 1585. currentis judex ipse in eadem hac causa ita pronunciavit. In der Ehsachẽ zwischen M.P. Clägerin an einẽ vnd dañ G. L. Beclagten am andern theil Erkennen die Schöpfen zu recht wo fern die Clägerin vermittelst ihres leiblichen Eids betheuren kan wil vnnd wird/daß sie von Beclagtem/alß sie denselben geclagter massen auffweckẽ vnd das Liecht ve[illegible]hren sollen in der vndern stuben wider ihren [illegible] vnd ohn vorgehende ihre Anreizung gesch[illegible] worden sey/vnd aber sie die Clägerin solches biß auff die in actis vermeldte Zeit darumb niemande Clagen/noch offenbaren wöllen/dieweil der Beclagt ihr alßbald nach erfolgter That dieselbige in geheim zuhalten/die Ehe versprochen habe/daß demnach auff solchen Fall Beclagter der Clägerin zuvorderst ein Heuratgut ihrem stande gemeß auff seiner Nahrung zuverschreiben/dañ auch die consummirte Eheverlöbnuß mit dem Christlichẽ Kirchgang zubestettigen vnd der Clägerin Ehliche Beywohnung zuleisten schuldig sein solle/ ihn den Beclagten darnebẽ in die Gerichtskosten deßwegen auffgelauffen doch auff Richterliche Moderation ertheilende.

Actis itaq; ad nos iterum transmissis rogati sumus, ut superioris nostræ decisionis fundamenta & rationes rem totam in utramq; partem disputando deduceremus.

Quando autem disputando † veritas reperitur & eruitur, *l. fi. §. mista. & ibi Bart. n.1. ff. de muner. & honor. c. grave. & ibi gl. in verb. veritas 35. q. 9. Martin. Laud. inter cons. crim. cons. 59. in facto præsuppon. colu. 1. n. 2. li. 1. Neviz. in sylva nupt. lib. 1. n. 1. Cagn. in l. 2. nu. 235. in fi. C. de pact. inter empt. & vend. Cravet. cons. 135. n. 18. & pro genero cons. 1. n. 1. Marc. Mantua. cons. 67. viso processu. col. 2. n. 43. li. 1.* eãq; † occultare dicitur esse peccatũ mortale *c. 1. de crim. fals. c. quisquis. 11. q. 3. Pano. in c. 1. de testi. cogẽd. gl. in c. delectorũ in verb. criminib. eod. & Panor. ibi. nu. 3. gl. in c. intimavit. verb. juramento. & in c. constitutis. el. 1. verb. non teneri. de test.* maxime jurisconsultis, qui † utpote justitiæ sacerdotes justitiæ deesse non debent, *l. 1. ff. de justi. & jur.* adeo ut † etiam inviti possint cogi ad consulendum, *gl. in l. 2. C. de proxi. sacr. scrin. li. 12. & ibi Bart. Idem Bar. in l. de tutela. C. de in integro restit. minor. Felinus in c. si pro debilitate. de offic. deleg.* requisiti de officio nostro id consulenti denegare aut justitiæ, quantum in nobis esset, deesse non debuimus nec voluimus. 1 2 3 4

Quoniã † vero causas decidentem & judicãtem ante sententiã cuncta rimari, & ordinem rerum plena inquisitione discutere oportet, *c. judicãtẽ. 3. q. 5. c. super §. intẽtionis, de off. deleg. c. cũ causam. de testam. l. judices. C. de jud. Cast. cõs. 295. Thom. Gram. dec. 34. n. 2.* præsertim in causis gravibus & arduis, qualis est † præsens matrimonialis causa, *c. nõ debet de cõsan. & affi. gl. in c. mulieri. in ver. absoluto de jureju. Ale. cõs. 143. quoniam n. 4. volu. 2. Dec. cõs. 133. viso processu.* 5 6

*cessu.n.1.in fi.& conf.699.accepi reverêter,n.9.*in qua
7 ut † quæ spiritualis sit, *clem.dispendiosam.de judic.* propter subsistens animæ periculum cautius est ambulandum, diligentiorique indagine negocium examinandum, & maturius consulendum, *argum.cap.ubi periculum.de elect.in 6.cap.quiescamus.distinct.42.cap.fin.7.quæst.1.l.1.§.sed si quis.de Carbon.edicto.l.addictos.C.de appell.gloss.in l.fi.in verb.indiciis.C.de probat.Socin.Sen.consil.12.quoniam in præsentiarum.in princip.volum.1.* nos etiam in iterum atque iterum relegendis attestationibus, aliisq; huius cōtroversiæ actis atq; actitatis, iisq; omnibus accurate perscrutādis, & exacte examinādis sedulam præstitimus operam atq; diligentiam.

Perlectis igitur diligenter actis, iisque bene perpensis, *juxta l.illicitas.§.veritas.ff.de offic.præsid.* æstimamus totam hanc consultationem ad quatuor capita principalia commode referri, iisque recte definiri posse, ut discutiatur:

Primum, Quæ actio ab actrice adversus reum sit intentata.

Deinde, Utrum actrix intentionem suam probaverit, nec ne.

Tertio, Quæ & quales sint Rei conventi defensiones, & an per has intentio actricis sit elisa.

Postremo, Quid & quomodo ex iis omnibus judicandum, & sententia ferenda sit.

PRIMI CAPITIS RESOLUTIO.

Quod igitur ad primum caput attinet, etsi à prima fronte videatur esse non admodum difficile, propterea quod tritum sit & pervulga-
8 tum: Ex conclusione † libelli oblati, & non ex narratione æstimandum esse, quæ actio aut quale actionis genus propositum sit & intentatum, *Panormitanus in cap.ex parte.de foro compet. Angel.in §.omnium.Instit.de action. & ibidem* Jason.*num.*128. *& Zasius num.21.& sequen.* ubi dicit, totam libelli vim in petitione & conclusione, tanquam in cardine versari, *Innocent. in cap.super literis.de rescript. Frider.de Sen.consil.25. & Castrens.consilio 6.in fine. Andr.Gail.observat.61.num.1 lib.1.observat.practic.* & ex libelli ab actrice oblati petitione & conclusione satis appareat, & ad dotem ob stuprum illatum constituendam intentari condictionem, *ex cap.1.de adulter.*& simul agi in factum ad implenda ea, quæ de jure & consuetudine post matrimonium promissione contractum, & copula carnali consummatum, vel de solennitate, vel de necessitate præstanda sunt, ut sunt benedictio coniugii facienda in facie Ecclesiæ, & cohabitatio conjugalis.

Attamen ratione totius processus instituti & peracti, illud non transit omnino sine difficultate, siquidem non pauca sunt, quæ urgere videntur, actionem ab actrice intentatam esse civilem & criminalem simul, ex diversa tamen causa, illam ex causa promissionis, & consummationis matrimonii, quæ ab actrice prætenditur, facta esse, hanc ex causa stupri violenter sibi, ut asserit, illati. Apparet namq; ex actis primo, actū esse & ab ipsa actrice principali, & ab eius matre adversus reum libellis quidē non iisdem, veruntamen ad eundem finem tendentibus, nimirum ut reus vel cōpellatur vi promissionis, honorem quem actrici abstulit, per matrimonium restituere, vel, si id nolit, ceu violētus virginis constuprator, secundū ordinationē Caroli V.Imp. & sacrosancti Romani Imperii criminalē corporaliter puniatur. Unde intelligitur, actionem civilem cumu-
latam esse cum accusatione criminali, quod † re- 9
cte fieri potuisse, probari videtur per textum *in l.penult.& ult.C.de ord.jud.l.unic.C.quando civil.actio crim.præjud.*

Et regulariter cumulationem actionum permissam esse, constat, si jure prohibita non inveniatur, *arg.l.nec non.§.quod eis.ff.ex quib.caus.major.* ubi quæ specialiter lege non prohibentur, permissa intelliguntur, & ex diversis causis ad diversa agatur, nec ulla ex regulis cumulationis impeditivis obstet, per text. *in l.si idem cum eodem.ff.de jurisdict.om.jud.& ibid.Alex.n.1.gloss.in c.querelam.in verb.petens.de elect.per illum text & text.in c.1.de causa possess.& propriet.* quas regulas Dd.recensent *in l.naturaliter §.nihil commune.ff.de acq poss.in l.edita.C.de edendo.in §.si minus.Inst.de action. Dyn.in c.nullus pluribus.de reg.jur.in 6.*

Ut autem maxime ejusmodi cumulatio de jure non subsisteret, observavimus tamen reum super ea nunquam excepisse, sed eam fieri passum esse, ut non immerito locum habere videa-
tur, quod † quibus casibus cumulatio non ad- 10
mittitur, id intelligatur tum demum fieri, si reus de ea exceperit, prout *ad d.§.nihil commune.*tradit Bartol.*num.*30.Jason *num.*156.Ripa *nu.*169.Rubeus *n.*125.Socin.sen.*consil.*981 *col.*1.*vol.*4.Ruin.*cons.*115.*n.*9.*lib.*4.Bar.*in l.2.in fin.ff de pet hered.& in l.fundum.ff.de except.* Curt jun.*in d.l edita.n.*217. & ibidem Jacob.à S.Georgio *nu.*105.

Atque hoc tanto magis sibi hic locum vindicabit, quoniam reus si ullo modo de genere actionis dubitasset, aut dubitare potuisset, de eo satis certioratus fuit per actricem, quæ confessa est & aliquoties in productis suis, præsertim in producto intitulato, Warhaffter Gegenbericht/ & in alio intitulato, Probationschrifft/ repetiit, se actionē suam instituisse alternative, ut reus vel
se ducat, vel corporaliter puniatur, adeoq; † cer- 11
tiorari amplius opus nō fuerit, *c.eū qui.de reg.jur.in 6.l.1.in fi.ff.de act.empt.l.1.§.si intelligitur.ff.de adil.edict.l.item veniunt.§.petitam.ff.de hered.petit.*

Quin imo ipse reus nō in illo tantū processu, verum etiam in eo, qui coram Sculteto & Scabinis agitatus fuit, expresse in utramq; illam actionem & civilem & criminalem consensit, litem super utraq; contestando, & ab utraq; se absolvi petendo, prout videre est in Rei Antwort vnd Gegenbericht. Item ex ipsius Gegenbericht vnd Ableinungs Schrifft/ in processu priori, & ex ipsius producto in posteriori processu exhibito, sub titulo, Confutation vnd Ableinung/ auch respective Probation vnd Beschlußschrifft/ non longe à fine.

Litis autem contestatione † quis obligatur ad 12
instantiam, adeo ut ab ea discedere, & amplius pœnitere non liceat, *text.est in l.is qui se obtulit, & ibi gloss.in verb.qui discessit.ff.de rei vindicatione.l.sed et si susceperit.ff.de judiciis.l.nemo.Cod.de jurisdictione omnium judicum. Felinus in capitul.quamvis.numero sexto, versicul.tertia declaratio, de judic. Bartol.in dicta leg.edita, numero nono, in fine.*

gloss. singul. in l. 2. §. fin. ff. de prator. stipulat. quæ dicit,
in actu litis contestationis celebrari quasi con-
tractum, & Angel. *in d. §. fin.* notat, quod per il-
lum quasi cõtractum obligetur quis ad id, quod
in judicio peritum est, si per sententiam suc-
cumbat, per quam iste quasi contractus con-
summatur. Unde Imola *ibid.* infert, quod per a-
ctum litis contestationis principaliter quis ob-
ligetur instantiæ, & per quandam consequen-
tiam ad id, quod per sententiam adjudicabitur,
quod idem dicit Felin. *ad rubr. de re jud. n. 23.*

Atque is quasi contractus tantæ est efficaciæ,
13 ut pro regula traditum sit, libellum † non posse
emendari vel mutari post litis contestationem,
*Dd. in d. l. edita. Menoch. lib. 2. de arbit. jud. quæst. casu
176. Mynsing. respons. 57. num. 5. & respons. 100. nu. 11.
Socin. reg. 292. incip. libellus post litem. Felin. in cap. si-
gnificantibus. de libell. oblat.* adeo ut id fieri nequeat,
etiamsi in eo sit clausula, *Salvo jure addendi vel mi-
nuendi*, ut est glossa singularis *in cap. inter dilectos. de
fide instrum.* quam ibi sequitur Panorm. *colum. 7.*
& asserit, sic teneri communiter. Eam dicit sin-
gularem Jas. *in l. non solum. §. morte. ff. de novi oper.
nunciat.* & sequuntur eam plures Dd. relati à Fe-
lino *in dicto cap. inter dilectos.* & Thoma Ferrat. *cau-
tela 34.*

In priori autem processu à reo litem esse con-
testatam, satis patet ex simplici negatione & dif-
fidatione actionis adversus se intentatæ, qua
14 sola † etiam litis contestationem induci, com-
muniter concluditur à glossa & Dd. *in cap. uni-
co. de litis contest.* Panorm. *in cap. in causis. de re ju-
dic.* Bartol. *in l. unica. num. 3. & 5. Cod. de litis
contest.*

Quare reus, si de jure exceptionem habuis-
set adversus cumulationem actionum, ei & ta-
cite & expresse renunciavit, ut judicis nullum
15 super ea videatur esse officium, siquidem † cuivis
licitum est. juri pro se introducto renunciare,
*text. est in l. si quis in conscribendo. C. de pact. l. si quis in
conscrib. C. de episcop. & cler. l. filio præterito. ff. de injust.
irrito. rupt. testam. l. fin. §. pen. ubi gloss. in verb. non usu-
ram. ff. ad Senatusconsult. Vellejan. gloss. in cap. si diligen-
ti. de foro compet. Socin. reg. 419. incip. renunciare. Da-
mas. reg. 138.*

Nec vel actrici vel reo displicere debuit il-
16 lud, † quod semel placuit, *cap. quod semel. de regul.
jur. in 6.* aut consensum quem semel accommo-
davit revocare, *l. per fundum. ff. de servitut. rustic.
præd. l. in diem. ff. de aqua pluv. arcend. l. 1. §. prodest.
ff. quor. legat. l. de accessionibus. §. fin. ff. de divers. & tem-
por. præscript. l. fin. C. commun. præd. cap. requisivit. de
sponsal. cum infinitis similib.*

17 Multo vero † minus decuit judicem officium
suum non imploratum impertiri, & priorem
processum tollere, *cap. bona memoria. de postulat.
prælat. & ibi gloss. in verb. curavimus. l. 4. §. hoc autem
judicium. ff. de damno infect. l. 1. C. ut quæ desunt advo-
catis, &c. Corneus cons. 293. in litera part. 3.* quo facto
pars damnum sentiret, *Socin. Jun. consil. 131 num. 4.
lib. 2. per textum l. properandum. C. de judic. facit l. qui
cum nat. maj. §. si tamen is. ff. de bonis liberto-
rum.*

18 Et cum † jus actricis ex libello satis sit mani-
festum, non potest argui libellus alicuius ine-
ptitudinis, *argum. l. 2. C. de form. act. sublat. & ibi
gloss. in verb. si aptam. gloss. in l. 2. §. circa primam. in
verb. sine causa. ff. de doli mali & met. except. Matthes.
singul. 9. num. 1. incip. nota regulam*, ubi pro regula
tradit, eum libellum ineptum dici, si ex eo con-
stet, actori actionem non competere, *Andr. Gail.
dicta observat. 61. num. 13. & 14.* Præsertim cum
traditum sit, † licet libellus ineptus non valeat, 19
*Vant. de nullit. ex defect. process. num. 22. & sequen.
Innocent. in cap. examinata num. 2. de judic. gloss. in l. 1.
in verb. libellis. ff. de officio assess.* tamen si expresse in-
eptitudo non appareat, sed tantum tacite & per
subauditos intellectus ac subtilitates juris, tum
sustineri, *Bald. in l. certa ratione. num. 5. C. quando
provoc. non est necesse. Alexand. in l. 1. num. 2. & 4. C. de
edendo. Marc. Mantua singul. 273. num. 1.* neque à ju-
dice ex officio reiici aut lacerari debere, *Panorm.
in cap. cum dilecti. de empt. & vendit. & ibi Anton.
Butr. num. 7. pulchre Panorm. in cap. causam quæ. nu. 3.
de judiciis.*

Quamvis autem per interlocutoriam iudicis
partibus impositum sit, daß in gegenwertiger
Sachen ordentlich vnd formlich procedirt wer-
den solte / eaque interlocutoria acta processus
coram Senatu ut inepta argumento à contrario
sensu desumpto, quod in iure est firmissimum,
cassata esse videantur, siquidem † instantia ob 20
ineptitudinem perempta, omnia acta ordina-
toria iudicii pereunt, *Bald. in l. 2. num. 5. in fine. C.
de form. act. subl. & in l. 2. C. de fruct. & lit. expensis. An-
dreas Gail. observat. 67 num. 3. lib. 1. observat. pr.* mul-
toties tamen utraque pars in actis eo non ob-
stante se refert ad ea, idque iudice permitten-
te, ut censeantur his inesse, ex regula, Quod
relatum † sit in referente, *l. asse toto. ff. de hæred. in- 21
stit. Menoch. de arbitr. judic. quæstion. lib 2. casu 15 nu-
mero 5.* idque cum omnibus suis qualitatibus,
*dicta l. asse toto. Bartol. in l. si quis servum. §. final. ff. de
legat. 2. Dec. consil. 47.* eaque relationis est natura,
ut omnes relati qualitates secum trahat, prout
tradit *Paris. consil. 19. num. 68. & consil. 80. nume-
ro 49. volum. 2. post Bartol. Alber. Curt. & Dec.
per eum citatos. Cravet. consilio 68. num. 3. Socin. jun.
consilio 170. num. 33. volum. 2. Ruin. consil. 183. nu-
mero 1. volum. 2.* idque adeo verum est, ut referens
reguletur secundum naturam relati, *auth. si quis
in aliquo. C. de edendo. Caber. decis. Pedemont. 110.
num. 3.*

Cum igitur dubium non sit, actionem coram
Senatu motam, intentatam fuisse & civiliter &
criminaliter, utique secundum eam intelligen-
da fuerit actio coram sæpementionatis Scabi-
nis, quæ ad eam se refert, intentata, ut & illa non
civilis tantum, sed civilis & criminalis simul esse
videatur.

Atque esse etiam eam eiusmodi, nempe &
civilem & criminalem, colligi posse videtur ex
ipsius libelli Scabinis oblati articulis. In articu-
lo enim 5. 13. 15. 17. 18. 29. 36. & in singulis
fere productis, usque ad conclusionem in cau-
sa actrix conqueritur, se violenter à reo esse con-
stupratam, imo in ipsa libelli conclusione respe-
ctu stupri sibi illati, dotationem ut pœnam eius
delicti petit, idque eo planius erit, si narrata li-
belli cum ea conclusione conferantur.

Stuprum autem, † cum per se delictum sit, 22
*§. item lex Julia. de adult. versicul. sed eadem. Instit. de
public.*

public. judic. cap. lex illa. 36. quaest. 1. tum vero vel multo maius est crimen, si vi sit virgini honestae illatum, quia praeter stuprum & alienae pudicitiae violationem accedit etiam vis publica, quae ipsa per se etiam crimen est publicum, §. *item lex Julia de vi. Instit. de public. judic.* & utrumque crimen sigillatim persecutionem criminalem meretur, & quidem multo graviorem, si utrumque simul sit coniunctum, *l. 1. ff. de extraord. cogn. Ordinat. criminal artic.* 119.

23 Etsi vero † nulla in libello poena esset expressa, tamen vel sola facti narratio sufficeret ad eam reo infligendam, cum ex narratione facti poena, etiamsi eius nulla omnino fiat mentio, succedat, sive ex lege illa sit, sive ex statuto, sive committatur arbitrio judicis, *l palam. ff. de ritu nupt. l. confessus. ff. de custod. reorum. Lanfranc. in cap qui contra. n. 5. de petit. Bal. in l. etsi severior. C. ex quib. caus. infam. irrog.*

Nec obstare videtur, etiamsi ponatur, quod petitio actricis libello annexa, mere civilis sit, non etiam criminalis, quia, ut modo dictum est, sola facti narratio absque aliqua petitione vel conclusione inducit causam criminalem, nec † opus est in criminalibus causis aliquam petitionem aut conclusionem libello adiicere, *l. 1. § 1. ff. ad Senatusconsultum Turpillianum. Bartol. in l. libellorum. ff. de accusat. Felin. in cap. unico. numero duodecimo, de litis contestatione. Bald. in dict. l. etsi severior. numero* 13. ubi dicit, quod in criminalibus lex iudici concludat, non accusatori, & quod judex non debeat considerare modum concludendi in libello, sed qualiter lex delicto posito concludat secundum qualitatem delicti.

25 Quin etiam † censeri potest, actricem clausula salutari libello adiecta, interpellasse iudicem, ut judex officium suum in specie super crimine non petitum, nihilominus impartiri possit, secundum communem Doctorum opinionem, *in capitul. cum dilectus. de ord. n cogn t. & cap. 2. de eff. sic ordin. Jason post Angel. in §. omnium. numero* 147. *Instit. de action. idem in l. petens Cod de pactis Natta consilio* 532 *fundamentum magnifi. i. numero* 32. *volum 3. Curt jun consilio trigesimo, numero decimosexto, part. 1.* imo vero non solum posset, sed etiam debeat in judicando rei gestae duntaxat veritatem, quae ex actis constet, & non solum petitionem actoris respicere, *juxta Innocent. in dicto capitul examinata. & Guid. Papa consilio quarto, numero 3. & sequenti, & consilio quadragesimo nono, numer. 6.*

Atque quod actrix hoc voluerit, non obscure inde colligi posse videtur, quod jam ante in processu coram Senatu habito voluntatem suam satis declaravit, quod reum persequi vellet civiliter & criminaliter, quo argumento utitur Mynsinger. *respons. 43. numero* 37. quam vo-
26 luntatem † suam cum suo facto declaraverit, *secundum l. Paulus. ff. rem ratam haberi gloss. in cap. sit rector. in verb. opera. d st. nct. 43. gloss. in l. de quibus. ff. de legibus. gloss. in l. reprehendenda. & ibi Bald. Cod. de institut. & substitut. & facit gloss. notabilis in capitul. ex ore. de his quae fiunt à majori parte capit. & gloss. in capitul. cum super. de offic. delegat. facit l. gerit. ff. de acquirenda vel omittenda hereditate. & l. si tamen. ff. de aedilit. edict.* non † praesumitur 27 ea voluntas ipsius nunc esse mutata, sed quod in eadem adhuc perseveret, quam ante declaravit, *l. eum qui. ff. de probat. l. cum hic status. ff. de donatione inter virum & uxorem. l. fideicommissa. §. si rem ff. de legat. 3. capitul. majores. § final. de baptis. gloss. in capitul. 1. quod metus caus. &c. capitul. licet. de procurat. in 6. ubi Joan. Andrea & Gemin. Bald. in l. 1. post princip. Cod. de collat. Alexand. in l. si stipuler. §. final. ff. de verborum obligat. Jason in l. sancimus. Cod. de testament. Roland. à Valle consilio 77. numero 32. libr. 1. Bertrand. consilio 39. numero 2. lib. 1.*

Ex quibus omnibus confici posse videtur, actionem ab actrice intentatam esse simul, & civilem & criminalem, non solum coram Senatu, verum etiam coram Scabinis, ac proinde ex utriusque natura, secundum acta & probata judicandum esse.

Verum putamus, his non obstantibus dicendum esse ab actrice intentatam esse actionem civilem, quae † criminali aequipararetur, per allegata ab Andr. Gail. *observat. 94. numer. 1. lib. 2. observat. practic.* & quidem in specie actionem matrimonialem in factum conceptam, qua ad perfectum matrimonii complementum, nimirum ad confirmationem eius in facie Ecclesiae, & cohabitationem coniugalem vi matrimonii non solum promissi, sed etiam copula carnali consummati, cum qua actione simul eadem libelli conclusione ad dotationem propter stuprum illatum cumulatur condictio, *ex cap 1. de adulteriis.* 28

Nam † cum regulariter id, quod posterius factum est, praeferatur ei, quod est prius, *argum. l. final. de constit. princip* ubique non quid coram Senatu, sed quid coram Scabinis actum sit, attendendum est. At si medium concludendi libelli ipsis oblati supradictum spectetur, manifestum est, nullam aliam, quam civilem actionem intentatam esse. Ex medio † enim concludendi qualitas actionis intentatae colligitur & demonstratur, *text. in capitul. litera tuae. de dilation. & ibidem gloss in verb. tribus annis. l. non debet. in fin. ff. de dol. malo. Bartol. in l. certi condictio. in princip. ff. si certum petatur de rebus credit. & in l. Aurelius. §. Sticho. ff de libert. leg. Ripa in l. naturaliter. §. nihil commune. numero 197. ff. de acquirenda vel amittenda possessione. Dec. consilio 136. in causa reverendi, numero 1. & consil. 252. agitur causa num. 1. Octav. Cacher. decis. Pedem. 74. numero 11.* 29 30

Et secundum communem Doctorum opinionem semper † attendendum est in libello. 31 non quid narretur, sed quid concludatur, per ea quae supra in rationibus dubitandi dicta sunt, & conclusio † libelli restringit narrata ad ea, quae 32 in conclusione petuntur, *argum. l. 2. C. de petit. heredit. Bartol. in dicto §. Sticho.* quia in conclusione sit modus agendi, *Dd. in dicta l. edita. & in cap hac quippe. 3, quaest. 6. Innocent. in cap. super literis. de judic. late Schurff. consilio octuagesimo primo centur. 1.* eaque est causa, cur Doctores conclusionem libelli terminum appellent. *Bald. in dicta l. edita. numer. 133. Curt jun. consil. 302. diligenter q. nu. 2. cum sequen. vol. 3.*

Atque

Atque hæc Doctorum opinio eo magis hic
locum habet, quia actrix in processu causæ ipsa
satis suæ actionis genus interpretatur, & diserte
expressit, eo quod dicit, se non criminaliter age-
re, sed civiliter, & rursus, se agere civiliter vi pro-
missionis sibi factæ, & matrimonii copula carna-
li subsecuta consummati, quod perinde est, atq;
si in conclusione libelli id addidisset, quo facta
33 inclusione † actionis civilis, excluditur accusatio
criminalis, *cap. nonne. de præsumpt. l. cum prætor. ff. de
judic. l. maritus. C. de procurat.*

Ut non dubitandum sit juxta regulam actio-
nis æstimandæ supra positam judicandum esse,
etiamsi in eo casu versaremur, ut adhuc esset de
genere actionis dubium, secundum id quod di-
34 citur, semper † regulæ esse standum, *c. ad decimas.
de restit. spol. l. ex quacunq. ff. si quis in jus vocat. non ie-
rit. Felin. in c. quoniam frequenter. col. 3. ut lite non con-
test.* etiam in dubio, *Bald. in c. 1. col. 2. de alien. judic.
mut. causa fact. Felin. in c. 1. col. 4. ampliat. 6. de re judic.
cum simil.*

Diximus autem superius in conclusione li-
belli Scabinis exhibiti, cum peculiari actione in
factum matrimoniali condictionem, *ex cap. 1. de
adulter.* esse cumulatam ad obtinendam dotatio-
nem, quia licet text. *in d. c. 1.* ita loquatur, quasi
stuprata ob solum stuprum & ducenda sit, & do-
tanda, tamen cum actrix obtēdat matrimonium
à reo secum post stuprum contractum, & copula
carnali consummatum esse, noluit ad matrimo-
nium ob stuprum secum contrahendum agere
ex d. c. 1. sed maluit respectu ipsius cōtractus ma-
trimonialis copula carnali consummati agere ad
perfectum matrimonii complementum, eoque
pertinent in conclusione libelli hæc verba. Sol-
che zugesagte/gelobte/angefangene und consum-
mirte Ehe zuhalten/mit dem Christlichen Kirch-
gang zu bestettigen/eheliche Pflicht und Bey-
wohnung zu leisten/ & quia ad complementum
matrimonii non spectat, ut vir mulierem dotet,
sed dos ab ipsa proficisci debet, *toto tit. ff. & C. de
jure dot.* opus habuit actrix alio fundamento ad
consequendam dotem à reo, necesseque fuit, ut
ob stuprum in narratis libelli deductum solam
35 dotationem peteret, *ex d. cap. 1 de adulter.* ubi † li-
cet verba copulative de stuprata ducenda & do-
tanda sint concepta, tamen alternative accipi-
enda sunt, & stupro commisso alterutrum suffi-
cit, ut videlicet vel ducatur, vel dos ei constitua-
tur. Ita docent Abbas & alii Doctores *in dicto ca-
pit. 1.* Archiepisc. Florent. *in summa. parte 2. tit.
5. cap. de stupro. §. 1.* Clar. *in § stuprum. num. 3.* Gram-
mat. ita judicatum esse asserens *decis. 22. in prin-
cip.* Damhoud. *in practic. crimin. cap. 63. numero 6.*
Idem tenet Alexand. *consil. 135. volum. 1.* Chassan.
consil. 40. Francisc. inter consil. matrim. *consil 68.
nu. 16.* & Wesembec. *ad §. item lex Julia. versic. sed
eadem num. 2. Instit. de public. judic. & in paratit. ff. ad
leg. Jul. de adult. num. 20.* ubi ait, ideo copulativam
in alternativam resolvi, quia usu venire potest,
ut copulative textui *in dicto cap 1* locus esse ne-
queat, puta cum quis plures stupravit, quas uno
tempore ducere non licet, aut propinquus vel
conjugatus est, similique de causa stupratam du-
cere non potest.

36 Idem † quotidiana docet experientia, & con-
sulendo, quæ est optima legum interpres, *l. si de
interpr. de leg. cap. cum dilectus. & ibi Dd. de consuet.* &
de hac consuetudine attestantur etiam Papo
lib. 22. titul. 9. arresto 9. & Anton. Gomez. *ad l. 80.
Tauri, num. 7. in fin.* quos adducit Clarus *in d. §. stu-
prum. num. 3.*

Merito vero, cum † de dote ob stuprum con- 37
stituenda intendatur remedium condictionis,
ex dicto cap. 1. non criminale, sed civile hoc judi-
cium esse censetur, cum illa dotatio, licet pœna
quædam sit stupri, tamen principaliter priva-
tum commodum agentis, non vero publicam
vindictā concernat, & non fisco, sed ipsi parti a-
ctrici applicetur. Etenim † quando pro crimi- 38
ne agitur ad pœnam applicandam parti, judi-
cium dicitur civile, quando vero agitur ad pœ-
nam applicandam fisco, judicium censetur esse
criminale, *gloss. & Bartol. in l. 3. in princip. de sepulchr.
viol. Seb. Sapia ad l. imperium. numer. 17. de jurisdict.
Curt. Jun. ad rubric. de judic. numer. 18. Jas. ad rubric.
Cod. eodem. numer. 2. Dec. in l. 2. numer. 41. Cod. de
edendo. & ad rubric. extra. de judic. in 1. lect. nume-
ro 95. & in 2. lect. numer. 51. & ibidem alii Canonistæ.*
Atque hanc sententiam communiter à Docto-
ribus receptam esse, testatum faciunt Gomez.
Instit. de action. in princip. post numer. 18. & Clar.
*in practica criminali, §. finali, quæstione 1. nume-
ro 2.*

Atque hæc quidem omnia cum ita sese habe-
ant, non obstant ea, quæ superius adducta sunt
pro confirmatione contrariæ sententiæ ex actis
sive processu coram Senatu, quia is processus
ceu informis & nullus omnino, est cassatus &
sublatus per judicem, & quidem ita cassari &
tolli debuit. In eo enim utraque illa actio, & ci-
vilis & criminalis ita cumulantur, ut civilis non
instituatur incidenter, sed æque principaliter,
vel potius principalius, quàm criminalis. Quan-
do vero † civile & criminale remedium inten- 39
tantur, æque principaliter non admittitur cu-
mulatio, *l. interdum. ff. de public. judic. l. 1. §. 1. ff. de
vi bonorum rapt.* quos textus pro hac sententia al-
legat Roland. à Valle *consil. 30. numer. 3. volum. 2.*
atque hanc conclusionem sine difficultate pro-
cedere, ait Clarus *in practica criminali, §. finali,
quæst. 2. numer. 2.* ubi rationem hanc assignat,
quod major sit causa civilis, quàm criminalis, &
duæ actiones, † quarum una major est altera, 40
cumulari nequeant, *per Doctores in l. edita. Cod. de
edendo.* additque, judicium civile incidenter tan-
tum cum criminali principaliter instituto cu-
mulari posse, idemque tradit Bartol. *in dicta l. in-
terdum. § qui finem. numer. 5.* & post alios à se ad-
ductos Roland. à Valle *consil. 30. numer. 3. 4. & 14.*
eamque sententiam communem esse, testantur
Curtius junior *in dicta leg. edita. numer. 198.* &
ibidem Romanus *numer. 143. versicul. non ob-
stat.* & Clarus *jam citato loco*, subdens ex Bal-
do *in l. data opera, numero sexto, Cod. qui accu-
sari non possunt*, hanc sententiam consuetudine
approbari.

Tanto vero minus hic libellus fuit admitten-
dus, quia mensis & dies criminis intentati in eo
non fuit definitus, quod † tamen omnino fie- 41
ri debuisse, ut actio esset criminalis, probatur
per textum *in l. libellorum. in princip. & §. quod si
libelli.*

libelli. ff. de accusat. & ibi Doctores communiter. Nam communior Doctorum sententia est, quod omissio temporis viciet ejusmodi libellum, licet à parte non opponatur, in dicta l. libellorum. & in dicta l. edita. Menoch. de recuperanda possess. remed. 1. numer. 437. & sequen. licet nonnulli voluerint, libellum ob omissionem temporis non esse ipso jure nullum, sed eum valere parte non opponente, quos Barthol. Socin. refert cons. 146. viso processu. col. 7.

Etiamsi vero ponatur, judicem non debuisse libellum rejicere, tamen eo ipso, quod rejectus est sententia interlocutoria, nec ab ea appellatum, imo vero utraque pars in alium processum consensit, actrix quidem alium libellum offerendo, reus vero super eo litem contestan-
42 do, ut ita transierit in rem judicatam, quæ † pro veritate habetur, l. res judicata. ff. de regulis juris. c. cum inter. de re jud. l. ingenuum. ff. de statu homin. is processus, qui coram Senatu habitus fuit, amplius attendendus non est.

Non etiam obstat, quod utraque pars litigans sese ad priorem processum retulerit, quia
43 non † entis nullæ sunt qualitates, l. ejus qui, §. penult ff. si certum petatur de rebus credit. gloss. in cap. bona memoria. el 1. in verb. per rerum naturam. de electione. cap. ad dissolvendum. & ibi gloss. in verb. accusari. de desponsat. impub. Bald. in l. milites. Cod. de testam. quem refert & sequitur Cardin. Zabarell. consilio 139. colum. 3. versic. quarto ad idem. Balb. in l. Celsus. not. 5. ff. de usucap.

Neque facta est illa relatio ad processum, sed ad merita causæ, & jura probatoria, ut relatio
44 ita † latius ultra mentem & intentionem referentis extendenda non sit, l. si pater. §. qui duos, ubi Bald. ff. de adopt. l. debitor. § final. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. argum. §. final. Instit. de codicill. l. final. ff. quemadmodum serv. amitt. l. Nesennius. §. fundi. ff. de
45 re judic. Non enim † intentio verbis, sed verba intentioni servire debent, dicit textus singularis in cap. intelligentia. & in cap. in his. de verborum significat. cap. humana vires. 32. quæst. 5. cap. sedulo. distinct. 38.

Nec quidquam negocii facit, quod stupri violenti in libello actricis & productis mentio fiat, quandoquidem in illo dies, quo delictum illud patratum sit, omissus est, qua solennitate deficiente, non intelligitur esse institutum judicium criminale, cum præsertim in libelli conclusione actrix diserte dotationem, ut pœnam stupri, non fisco, sed sibi applicandam petat, & huiusmodi petitio in delictis etiam & eorum pœnis efficiat, ut non criminale, sed merum civile sit judicium, juxta ea, quæ supra allegata sunt.

Non refragantur etiam, quæ de clausula salutari supra adducta sunt. Nam ex conclusione libelli, & sæpius in actis iterata confessione actricis constat, de certo judicio sive remedio, civili
46 videlicet. Quando vero † clausula salutaris certo remedio ab actore intentato adiicitur, coarctatur ea clausula ad hoc ipsum remedium sive judicium, & receditur à regula de vi istius clausulæ, ut tradunt Aretin. in cap. licet causam. versic. pro his etiam facit. extra. de probat. Alexand. consilio 121. num. 11. volum. 1. & consil. 95. versic. nec prædictis obstat. volum. 3. Paris. consil. 131. num. 12. vol. 1. Carol. Ruin. consil. 19. versic. nec clausula, volum. 4. Anton. Gabriel. commun. conclus. lib. 6. sub titul. de clausulis, conclus. 5. numer. 4. Speculat. sub titul. de libell. concept. §. jam nunc videndum, versicul. item talis.

Præterea cum minus grave & durum sit iudicium civile, quàm criminale, & in hoc ratione stupri maior sequeretur condemnatio, quàm in illo, ut in quo ab actrice ob stuprum sibi illatum sola dotatio petitur, hæc etiam clausula salutaris eam vim non habet, ut dici possit criminale iudicium coram Scabinis institutum, vel cum civili actione de matrimonio instituta cumulatum esse. Cum enim † ex narratis plura remedia 47
competere possunt, vis clausulæ salutaris ita restringitur, ut ad illud remedium ac iudicium respiciendum sit, quod minorem & minus gravem continet condemnationem, Innocent. in capit. 2. versic. quomodo dicemus. extra. de ordin. cognit. & ibidem Joan. And. in vers. justitia. Alexand cons. 17. vers. ad hoc bene facit. volum. 2. Anton. Gabriel. d. conclus. 5. num. 15.

Quod postremo dicitur, non præsumi quem voluntatem, quam declaravit mutare, id † ita de- 48
mum procedit, si contrarium non appareat aut doceatur, ut præter alios supra allegatos responderunt Paris. consil. 67. num. 25. volum. 3. Nevizan. consil. 2. num. 9. Cephal. consil. 277. num. 99. & consil. 288. numer. 3. volum. 2. Grat. consil. 128. numero 5. volum. 1. & Bero. consilio 55. numero 8. volum. 3.

At quod civiliter agat actrix, & ipsa libelli eius conclusio, & ipsius aliquoties repetita confessio satis superque arguit, & quod à priori voluntate discesserit, ostendit, idque tanto magis, quod † per exteriora illa de interioribus actri- 49
cis satis præsumatur, per gloss. in cap. ex studiis. de præsumpt. gloss. in l. is qui. in fin. de tutel. dat. gloss. in cap. legimus. post princip. distinct. 93.

SECUNDI CAPITIS RESOLUTIO.

PRæsentis igitur actionis genere ita posito, nunc porro videndum est de actionis illius intentatæ fundamento, sive de totius controversiæ statu, & quibus argumentis actrix intentionem suam probare nitatur. Cum enim in causa † sive facto ius sit positum, l. si ex plagis. §. in 50
clivo. ff. ad leg. Aquil. l. obligamur. §. ex facto. ff. de obligat. & act. Roland. à Valle consil. 23. in princip. vol. 4. & Jurisconsultus facto certificato respondeat, l. eum quem. §. 1. ff. de judic. factum † super quo se- 51
se actrix fundat, & à reo negatur, probandum est, l. qui accusare. Cod. de edend. l. actor. Cod. de probat. cap. sciant cuncti. 2. quæst. 8. Bartol. in l. non ignorat. Cod. qui accus. non poss. Alexand. consil. 18. volum. 1. Dec. consilio 424. columna 1. Paris. consilio primo, columna 2. volum. 4. Socin. jun. consilio quadragesimo septimo. colum. 2. volum. 2. & regula est, Ei qui affirmat, non ei qui negat, probationem incumbere, l. 2. l. eum qui. l. quoties. §. qui dolo. ff. de probat. l. 1. Cod. eodem, l. ultim. Cod. de solut. cum similibus.

Etsi

Etsi vero actrix in productis suis judicialiter exhibitis, & præsertim in principio producti intitulati, Gegenableinung/Exception vnd Eventual Beschluß Schrifft/expresse dicat, daß sie jn Beklagten vmb die Ehe beklage / vnd derselben Vollnstreckung von jhm / vermöge seiner beschehenen Zusag/begere/ Deß Nohtzwangs aber habe sie allein zu vollnkömlicher Erzehlung der Geschichten/ etc. Meldung gethan. Item, in jrem endtlichen Gegenbeschluß asserat, daß jhre endtliche intention vnd Meynung dahin gerichtet seye/ daß Beklagter sie zu ehelichen angehalten werden solle/ etc. ac proinde unicum actionis suæ fundamentum ponere videatur, nimirum matrimonii promissionem; tamen cum sese ad narrata libelli à se oblati, eique annexam petitionem referat, ex petitione autem appareat, non ad eadem, sed ad diversa agi, videlicet, non quidem ad ipsum matrimonium contrahendum, sed ad matrimonium contractum, & copula carnali consummatum, plene perficiendum, & ad constitutionem sive dationem dotis; libelli vero narrata utriusque illius petiti media nobis suppeditent diversa: unum, stuprum, & quidem vi illatum, quo arguit, sibi à reo dotem deberi & constituendam esse; & alterum, matrimonii promissionem stuprum istud subsecutam, & promissionem rursus subsecutam copulam carnalem, cujus vi matrimonium omnino complendum sit, & præterea ponat in sua Probationschrifft / daß diese Sach nicht allein super violentia, sondern auch super stupro, vnd dann super promissione matrimonii bestehe / necesse est, utrumque illud factum examinari, ut omnia plenius discutiantur, & pro qua parte sententia ferenda sit, perspicue appareat.

Quoniam autem actrix se primum vi constupratam esse queritur, & istud stuprum promissionem matrimonii secutam dicit, eundem ordinem in hac consultatione nostra tenebimus, ne confusio fiat, quam leges improbant, *argum. §. inordinatum. ubi gloss. in verb. confusum. authent. de hered. & Falcid. quam allegat Aymo Cravet. in repet. rubr. ff. de legat. 1. num. 2. Nicol. Euerhard. in loco ab ordine.*

Primum igitur de stupro prætenso, & tum loco secundo de fide matrimonii, quæ prætenditur à reo actrici data, videbimus.

Quod ad stuprum attinet, animadvertimus, reum quidem fateri, se cum actrice coiisse, sed negare, quod stuprum ipsi intulerit, siquidem nesciat, an eam invenerit virginem, necne, imo de eo valde ob dissolutos ipsius mores dubitet:
52 Juris autem expediti esse, † stuprum non committi, nisi cum virgine aut vidua honeste vivente, *cap. lex illa. 36. quæst. 1. l. inter liberos. § 1. l. stuprum. in fin. ff. ad leg. Jul. de adulter. l. qua adulterum. C. eod.* & coitum habitum cum muliere non nupta, quæque nomen honestæ mulieris non retineat, æquiparari coitui habito cum meretrice, *secundum Bartol. & Angel. in l. si uxor. in princip. ff. eodem. & notata in l. qua adulterium. C. eod. Bartol. in l. verum. in princip. ff. de furtis. Alexand. consil. 13. colum. 2. volum. 7.*

Ad probationem itaque stupri, & quidem violenter in se admissi, actrix primum omnium allegat ipsiusmet Rei confessionem, quam de eo fecerit coram viris fide dignis, quæque in scripturam redacta, & actis sub num. 7. inserta est, in qua continetur, reum fassum esse, quod enixus sit actricem pertrahere super lectulum, sed cum ipsa mensæ adhæreret, à vi majori abstinuisse, sed conatum esse ea potiri super scamno: & quamvis adjiciat, tum sibi cum ea nihil rei fuisse præter contactus, attamen postea confessus est, quemadmodum per totum etiam hunc processum non negavit, quod tum eam carnaliter cognoverit. Quæ confessio † utpote qua nulla 53
fortior & efficacior est probatio ad convincendum reum & de vi & de stupro sufficeret, *per textum l. ult. C. de fideicommiss. l. generaliter. §. & siquidem. C. de rebus creditis. l. generaliter. C. de non numer. pecun. Jason in l. Titia. num. 39. ff. de verborum obligat. & in l. licet impuberes. n. 10. ff. de leg. 1. Socin. jun. consil. 39. n. 18. lib. 2. Rol. à Vall. consil. 6. n. 26. & consil. 54. n. 18. lib. 3.* in tantum, ut etiam quodvis instrumentum publicum vinceret, *Zasius consil. 1. num. 4. & 5. lib. 1. Cravet. consil. 61 numer. 3. & consil. 171. numer. 4. volum. 1.*

Nam confessio † in judicio facta notorium 54
inducit, *Bartol. in l. scriptus. ff. de relig. & sumpt. funer. & not. in l. ictus fustium. ff. de his qui not. infam. & in cap. vestra. de cohabit. cleric. & notat Bald. in l. properandum. in fine princip. C. de judic. & sequitur Alexand. consil. 152. viso processu causæ. volum. 5.* quod allegantem ab onere probandi relevat, *text. in cap. super eo. de testib. cogend. & ibid. gloss. in verb. non requirant. Guido Papæ decis. 221. nu. 3.*

Verba autem confessionis illius, non solum vim à reo actrici adhibitam ostendunt, eo quod dicitur, enixus esse pertrahere, & quod ipsa mensæ adhæserit, verum etiam expressa est ipsa vox *vis*, ut de † verborum significatione aut in- 55
terpretatione curandum non sit, cum sint clara & perspicua, *Bartol. in l. ab executione. in princip. ff. de appellat. per l. ille aut ille. §. cum in verbis. ff. de legat. 3. & l. quicquid astringendæ. ff. de verborum obligat. Carol. Ruin. consil. 94. num. 9. volum. 1.* & secundum communem loquendi usum, & ut opinatur vulgus, de vi intelligantur, *gloss. in cap. præterea de verborum significat. gloss. in cap. nonnullis. in verb. dietas. de rescript. gloss. in cap. cupientes. in verb. commod. de elect. in 6.*

Nec immutat qualitas adjecta, quo minus vis sit adhibita. Nam etsi vis magna non fuerit, satis tamen est, quantum ad intentionem actricis pertinet, vel minimam etiam vim adhibitam fuisse, ut ex eo intelligatur, non reo ab actrice, sed actrici à reo occasionem peccandi datam esse.

Atque vis ea qualiscunque etiam præsumi facit contra reum pro actrice, quod stuprum ipsi intulerit. Alioqui enim si actrix virgo non fuisset, sed ante experta virum, sese non præbuisset difficilem, nec ad eam comprimendum ulla vel majori vel minori vi opus fuisset, neque etiam restitisset, quod tamen ipsam fecisse, ipse reus fatetur in productis suis, quamvis addat, daß sie jhm keinen ernsten widerstandt gethan habe / quam qualitatem non probavit.

Gessit vero sese actrix usque ad tempus illud deflorationis pro virgine, & pro virgine ab omni-

omnibus reputata fuit, ut pro ipsa etiam præsu-
56 mendum sit, quod † talis fuerit, qualis à vulgo communiter reputata fuit, *per l. 1. §. circumcol. ff. de flumin. gloss in l. ubi adhuc. C. de jure dot. & in l. licet. C. locati. gloss. Anton. de Butr. Imol. Anchar. & alii in clement. per literas. de præbend. Anchar. in cap. accessorium col. 2. de reg. jur. in 6.*

Qua præsumptione, sicut & aliis, de quibus postea pro actrice stantibus, contrarium probandi onus, quod virgo nō fuerit, transfertur in
57 reum, ex communi regula, quod † præsumptio onus probandi in adversarium transferat, *Bartol. in l. in illa. in fin. ff. de verborum obligat. Bald. in l. sive possidetis. in princip. not. 2. C de probat. Speculat. in tit. de probat. §. 1. vers. 2. & §. 3. versic. 5. Hippol. de Marsil. sing. 451. incip. decrevi.*

Et in specie, si stuprator neget vitiatam esse virginem, ipsa vero asserat, se fuisse virginem, & quæratur, cuinam incumbat probatio? Dicitur hoc casu probatio incumbere neganti, non puellæ asserenti propter præsumptionem, quia
58 virgo † præsumitur, ex quo habebatur pro virgine, & incedebat in habitu virgineo, *argumen. l. item apud Labeonem. §. si quis virgines. ff. de injuriis.* atque hoc ita tenent Joan. Andr. Joan. de Anan. Panormitanus & alii Doctores *in cap. 1. extra de adulter.* Clar. *in § stuprum num. 4.* Cravet. *consil. 66. num. 5.* eandemque sententiam à Doctoribus communiter esse receptam, testantur Clarus *jam citato loco*, & Panorm. *in d. c. 1. n. 5.*

At cum reus id probare ne tentaverit quidem, ex eo sequitur, ut stuprum in actricem ut virginem à reo commissum esse dicendum sit.

Quibus accedit, quod ex actis animadvertimus, Reum non simpliciter negare, quasi actricem virginem non invenerit, sed quod de eo solummodo dubitet, ac proinde ignoret, siqui-
59 dem † dubitans ignoranti æquiparatur, *l. manifestissimi. §. 1. Cod. de furt. Natta consil. 162. numero 32. lib. 1. Diaz. regul. 218. incip. dubitans.*

Et ut maxime res omnino dubia esset, & poneretur nudæ assertioni actricis, de sua virginitate non esse standum, quantumvis nihil contra
60 à reo probatum sit, tamen † actrix saltem ad juramentum admittenda esset, quo istam assertionem confirmaret, & huic juramento standum esset, *Chassan. super rubric. des justices & droicts d' icelle. in verb. & droicts d' icelles. num. 38. Dambauder. in pract. crim. cap. 92. n. 12.*

Confirmatur hæc Rei confessio, & adjuvatur præsumptio pro actrice allata multis aliis adminiculis & præsumptionibus, quæ desumptæ sunt, primo ex circumstantiis facti sive stupri hujus admissi; secundo à sexu & ætate utriusque & actricis & Rei; tertio, ab honestate vitæ actricis anteactæ; quarto, à Rei vita in eodem delicti genere sese exercere soliti; quinto, ex deliquio animi, quod reo accidit, cum à ministris Ecclesiæ examinandus fuit; & postremo à contrarietatib. Rei, quæ in hac causa deprehēdūtur.

Primum igitur circumstantiæ afferūtur eiusmodi, ex quibus arguitur, & quod reus dolose actrici sit insidiatus, eaq; vespera stuprum ipsi inferre studiose quæsiverit, & quod stuprum etiam inferre ipsi potuerit.

Quod stuprum ea vespera actrici inferre voluerit, circumstantiæ sumuntur ex persona Rei, ex personis sororis utriusque Rei, & demum ex persona ipsius actricis, quod vero etiam potuerit, ex circumstantia temporis deducitur.

Ex persona Rei & sororum ipsius simul, quod à parētib. cubitū ire jussi, nō obsecuti sint, & ꝙ postea ab ancillis moniti, serū esse, nihilominus ad mediā usq; noctē in hypocausto permāserint.

Ex persona Rei, primo quod reus parentum suorum jussu contempto, ex suo cubiculo descēderit in hypocaustum inferius destinatum familiæ & ancillis; deinde, quod omnia sua vestimenta, præter indusium ibidem exuerit; tertio, quod ita devestitus in sororum suarum præsentia multa leviter egerit; quarto, quod se inibi super scamno reposuerit, & somnum simulaverit.

Ex persona sororum primo, quod cubitum ituræ, solum reum non excitatum in hypocausto reliquerint; secundo, quod exiguam cādelæ portiunculam accensam super mensa reliquerint; tertio, quod cum in cubiculum suum venissent, vestesq; deponere cepissent, actricem, quæ se fere omnibus vestibus nudaverat, quamprimum in hypocaustum rursus descendere, suumq; fratrem dormientem excitare, & ne quid damni ex cādela daretur, providere jusserint; quarto, quod actricem solam descendere verbis & verberibus inprimis altera sororum coëgerint.

Ex persona actricis primo, quod maxima eius vesperæ parte in hypocausto non fuerit, sed in gradibus ante hypocaustum sederit, expectatum donec irent cubitum, eo quod cum in hypocausto esset, reus ipsi succensuerit: deinde, quod descendere jussa, sola descendere noluerit: tertio, quod rogaverit adiungi sibi comitem alteram ancillam in descendendo: quarto, quod invita descendere coacta fuerit.

Quod vero etiam stupri inferendi amplissimam occasionem habuerit reus, allegatur quod medium noctis fuerit, quo tempore parentes ipsius omnesq; vicini gravissimo somno sopiti fuerunt, ut si exclamasset actrix, audiri nō potuerit: & quod tum, cum stuprum ipsi illatū fuit, vix sex aut septem hebdomadibus in ea urbe fuerit.

Ex his vero circumstantiis nōnullas reus ipse fatetur, cuiusmodi sunt; quod in hypocausto inferiori fuerit; quod super scamno dormiverit, quod sorores cubitum ituræ ipsum solum ibi reliquerint; quod candelam etiam apud ipsum reliquerint; quod actrix rursus descenderit; quod circa horam undecimam noctis fuerit; quod deniq; vix sex aut septem hebdomadibus in ea urbe fuerit. Reliquas circumstantias negat quidem reus, sed actrix super iis ad juramentum sese offert, quandoquidem de his nemo sciat, præter duas Rei sorores, & ancillā patris Rei, quas ipsas partim hæc controversia ut interessentes concernat, & quæ inimicæ sint actricis, partim domesticæ sint & ancillā, ut audiri nec possint, nec debeant. Sed tria de illis docere tamen conatur: unum, quod jussi cubitum ire non fecerint, idq; testimonio sororis Rei à reo productæ in rotulo examinis apud interr. 2. artic. defens. 28. ubi dicit, Als ihr Vatter vnd Mutter zu bett gangen/ habe der Vatter dem gantzen Haußgesind befohlen/ sich ohnverzüglichen auch schlaffen zulegen.

I Cui

61 Cui testi, quamvis † singulari, plena tamen fides adhibenda est, utpote quæ testificetur contra ipsum producentē, *per Lud.Rom.cons.104.ad fi. Jas.in rubr. de jurejur.col fin.idem cons 57.col.4. vol.1. Cravet.cons* 201.*n*.7.& ex domesticitate scientiam arguit *Bald.cons.392.col 2.vol.1. & cons.296. vol.3. Abbas cons.19.vol.2. Cravet.cons.26 n.3. & cons.123. nu.1.* tantoq; magis, quod producentis soror est, quæ ob affectionem erga fratrem non videtur dictura fuisse, quod ipsi potuisset esse contrarium, nisi verum esset, atq; id testimonium admitti, patet ex iis, quæ tradit Pet.Duen.*reg.384. incip.frater contra fratrem.*

Alterum & tertium, quod actrix probare conatur de dictis circumstantiis est, quod coacta fuerit à Rei sorore altera, ut sola descenderet, item quod rogarit ancillam sibi addi comitem, idq; probare nititur ipsius sororis confessione, quæ literis suis ad N.datis id confessa fuerit.

Etsi autem eæ literæ non appareant, nec sint in judicio productæ, forte quod amissæ sunt, aut per reum, cui se eas restituisse dictus N. in rotulo, ex parte actricis producto, apud articul.5.deponit, suppressæ: videntur tamen ex satis esse probatæ documento ab actrice sub n.6. producto, subscripto publici Notarii manu, corā quo duo testes in præsentia duorum ad id peculiariter rogatorum testium confessi sunt, se vidisse & audivisse legi literas sororis Rei, in quibus confessa sit daß sie Clägerin gedrungen vmb abzugehen/vnd sie begert/ daß die Magd möchte mitgehen/ welches die Schwester vergeschrieben/ jhr verweigert vnd abgeschlagen.

62 Nam confessio † extrajudicialis probatur per duos testes, & si facta fuerit parte absente, inducit semiplenam probationem, *l.cum de indebito. §. fin.ff.de probat.l.quoniam.junct.gl ff.de his qui not.infam.* & ita tradunt Bar.Alex.Jas.& Ripa *in l.admonendi.ff.de jurejur* Butr.& Imol.*in c.fin.eod.* Marant. *part.6.speculi sui.in tit.de confess §.quintus actus. circa prin.* Duenas *reg.120. incip confessio extra judicium.* ubi plures allegat. Idemq; consulendo tenent Alex.*cons.24.num.40 vol 2.& cons.212 n 22. vol 6 & cons.115.n 2.vol 7.* Natta *cons 260.in fin.vol 2.*Paris. *cons.120.num.4.vol.1.* eamq; esse indubitatam & communem opinionem, attestatur Corneus *cons.113.vol 1.* & ab ista opinione in judicando & consulendo non esse recedendum, dicit Jas.*in d.l. admonendi.n.149.vers.tenendo tamen.* imo non solum semiplene probat, sed etiam facit indicium veritatis, ut voluerunt Socin.jun.*cons.32.nu.17. vol.1.*& Cephal.*cons.297.n.2.lib.2.*

Et cum Notarius hos duos testes ita deposuisse affirmet, ei fides est habenda, utpote in eo,
63 quod † coram ipso gestum sit, *Innoc.& alii in cap. quoniam contra.de probat. Bart. in auth. si quis in aliquo col.2.C.de edendo. Cravet.cons.*88.*n*.20. & quod
64 in † eo probe officio functus sit, præsumitur, quamdiu contrarium non docetur, *per c.ad audientiam.de præscript. l.si quis decurio. & utrobiq; Dd. C. de fals. Alciat de præsumpt. reg.3. præsumpt 3.*

Verum enimvero ipse etiam reus in processu coram Senatu habito, in seinem Gegenbericht vnd Ablennungsschrifft/ ꝛc exhibito mense Januario, anno 83 9 Die zum dritten/ fatetur eiusmodi literas à sorore sua scriptas, Vnd das nicht ohne sey/daß die Clägerin begert habe/daß die andere Magd mit jhr gienge/ dieweil sie sich förchtete / es hette aber dieselbige andere Magd darauff gesagt / wenn eben sie zwo Mägde solches sämptlich verrichten solten/so wolte sie wol allein hinab gehen/ꝛc. quæ confessio Rei tanti est momenti, ut etiamsi quæ de superioribus testibus coram Notario auditis dicta sunt, non probarent, ad id quod de sorore dictum est, probandum sufficerent, per ea quæ supra de vi confessionis judicialis allegata sunt.

Sed accedit his duabus per se satis firmis probationibus depositio N. qui etiamsi de contentis prædictarum literarum nihil testificetur, deponit tamen apud dictum artic.5. se eas literas à sorore accepisse, sed quamprimum reo restituisse; ut jam nullum dubium relinquatur, & literas à sorore scriptas, & earum tenorem fuisse eiusmodi, quod actricem solam descendere coëgerit, non attento, quod alteram ancillam secum descendere rogaverit.

Neque vero negligendum est, quod actrix se paratam esse dicit ad ea omnia, quæ circa circumstantias dixit juramento confirmanda, imo quod in libelli sui articulo 13. ad finem post narrationem totius facti subiicit hæc verba, Welches alles warhafftig also ergangen seyn/ Clägerin vor Gott dem Allmächtigen / welcher ein Hertzkündiger vnd gerechter Richter ist/ betheuret vnd bezeuget/ quibus verbis omnia jam juramento licet scripto confirmasse & probasse videtur.

In jure autem juramentum † & probatio æ- 65
quiparantur, *l.sed etsi possess.§.si cum de hered.ff.de jurejuran.* adeo ut juramentum relevet à probando, sicut confessio. *l.cum qui.in princip ff eodem. Jason in l.cum te. num 9. ff. de transact. Dec.in rubric de probat. colum.* 15. *Purpur.in l.manifestæ. num.6. ff. de jurejuran.* ut vel hoc solo actrix videatur circumstantias omnes à se in libello circa factum admissum positas sufficienter probasse, multo magis semiplenam probationem attulisse.

Ex quo consequenter dolus Rei in stupro hoc committendo arguitur.

Etsi enim dolum non præsumi vel inde pro-
betur, quod † sit delictum, *l.item exigit ff.de dolo* 66
malo.l.ex contractibus.ff.de action.& obligation.& de-
lictum † non præsumatur, *l.ultima. Cod.de probat.* 67
*gloss.in capitul.illud. dist.*40. *Rol.à Valle cons.11.n.27.*
*volum.3. Menoch. cons.*102. *nu.6.* Wesemb.*cons.12.*
nu.73. & in specie de dolo † quod non præsuma- 68
tur, tradant Grammat.*voto* 10.*n*.20. Cravet.*con-*
*sil.*319 *n*.1. Menoch.*cons.35.n.26.* eoq; pertineant
text.*in l.quoties.§.qui dolo ff.de probat.& in l.merito.*
ff.pro socio.& in c.dudum.de præsumpt. & in c.1. de re-
nunciat.in 6. certum tamen est, dolum, † cum 69
probationis sit difficilis *secund.Boer.decis.101 nu.3.*
& 4 Jas.cons.141.colum.3.volum.4. Menoch de arbitr.
judic.quæst.casu 116.num.21. solis † coniecturis & 70
indiciis recte probari, *l.dolum. C.de dolo. l.si ventri. §.fin cum ibi notat. ff. de privileg credit. gloss.in l.apud Celsum in princip. ff.de except.doli. c.2.in princip. de renunc.in 6. Bartol.in l.fin.circa fin. ff. de pretor.stipulat. Alexand.cons 152.nu.18 vol.5.& cons.143.nu.7.lib.6. Deci.cons 163.n.10. Rol.à Valle d.cons.11.n.3. Neviz. cons.22 n.46.& cons.34 n.28. Portius cons.22.nu 26.*

Cravet.

Cravet.conf.100.num.3.Parif.conf.86 num.29.lib.3. Oct Cacher.decif. Pedemont. 111.num.8. Mynfing.refponf.53.num.15.

71 Maxime vero † dolus præfumptionibus & indiciis probatur in delictis occultis, utpote in quibus ratione temporis, loci, & fimilium circumftantiarum ex levioribus probationibus proceditur, *Bart.in l.de pupillo.§.fi quis ipfi.quæft.8. ff.de operis novi nunciat. & in l. fi quis ex argentariis. §.an vero.num.3.ff.de edendo. Innocent.in cap.qualiter. de accufat. Imol. in cap.cum oporteat.eod. Bald.in l.nemo.C.de epifcop.audient. Jafon in l.cum ea quæ.num.4. & fequenti, Cod.de tranfact. Alexand.conf.77.& confil.103.num.13.& confil 577.num.12. volum.1. Decius confil.363. Anton. de Butrio confil.24. colum. 2. verficul. in talibus autem geftis. Hippolit.confil.61. numero 1.*

72 Et regula eft, quod † dolus præfumatur ex illicito actu, ut quando quis delinquit eo ipfo in dolo effe cenfeatur, *l fi non convicii. C.de injur. l.fi ex plagis. §. tabernarius. ff.ad leg. Aquil. l.2. §.doli mali mentio. ff. vi bon.rapt. Felin.in cap.fi autem.num.1.& 2.de refcript.* ubi dicit, quod in prohibitis malus animus & dolus præfumitur, *Nellus in tract.ad defenfam.cap.1.num.16. Alexand.d.confil.103.num.13.* dicens, quod in his, quæ funt de genere prohibitorum, qualis eft hic coitus illicitus, femper præfumatur dolus, *Blanc.in pract.crim. §. vifis indiciis.n.130.& 132.*

73 Probatur vero etiam dolus † per locum à verofimili, ut tradunt Paul.de Caftro *conf. 68. vifis his quæ fuper.colum.2.poft medium.verfic.item refultat tertia.lib.2.* & Dec. *conf.444. colum.1. ad fin.* quos pro hac fententia allegat & fequitur Cravet. *confil.100.n.5. vol.1.*

Non eft autem verofimile, actricem vel ante hunc cum reo coitum fefe alteri cuipiam vel etiam in hoc coitu fefe reo proftituiffe, fiquidem

74 propter † naturam & conditionem muliebris fexus, verofimile non eft, quod profligaverit honorem & famam fuam, quam præfumptionem violentam effe, & plene probare dicunt Matth. de Matthef. *not.119.* Dd. *in cap.afferte. de præfumpt.* Innocent. *in cap.verofimile. eod.* & tenuerunt Nicol.de Neap. *in l.2. colum.2. verfic.quærit. gloff. ff.de excufat.tut.* Bald. *in l.generaliter.quæft.7.C.de non numerat pe.un. & in addit.ad Speculat. in titul. de præfumpt.*

Imo vero traditum eft, etiamfi ftuprator dicat, fe ftupratam non feduxiffe, fed quod illa

75 fponte acquieverit, quod tamen † virgo præfumatur feducta & decepta effe, eft dictum Panorm. *in cap.1. num.2. de adulter.* & eft juris præfumptio, quod nifi effent infidiæ, tantum facinus virgo non perpetraffet, *ut eft text. in l.unica. verb. nifi enim eam follicitaverit. C. de raptu virgin. gloff.in cap.fciente.de regul jur.in 6.* Præfertim in ætate actricis adhuc admodum tenera, cum afferat, fe eo tempore, quo à reo carnaliter cognita fuit, nondum compleviffe annum ætatis decimumquintum, ipfe autem reus tum habuerit annos vigintiocto, atque ita & ætate & robore ipfam longe fuperaverit, ut fuerit & nequior, &

76 ad vim inferendam promptior. Nam † in puella præfertim juniore ftuprum commiffum, violenter commiffum intelligitur, prout tradunt Angel. *in tract.malefic. verb. che hai adulterato. num.56.* Boffius *in practic. crimin. in titul. de coitu damn. num. 67. per l.1. §.ult. ff. de extraord. crimin.* Matth.de Afflict. *decif. Neap.276. num. 4.* & pro ætate minori præfumitur, tantoque magis quod in fœmina fit, quæ minus intelligere exiftimatur, quàm vir.

Eam actricis ætatem prætenfam cum reus neget, & † ab actrice probanda fit, *fecundum Bartol. in l.de ætate. num.11. & fequenti, ff de minor. Menoch.confil.1. num.85. volum.1. Hoftienf.in fumma. de probat. § fin.verf.8.* Felin.multos alios allegans, & communem effe hanc fententiam afferens *in capitul.in præfentia. numer. 28. eod.* Burfat. fimiliter communem effe dicens *confil.75. num.5. volum.1.* allegatur primum articulus Rei defenfionalis 61. ubi fatetur, daß die Clägerin nicht groffer Corpulenz vnd jung anzufehen feye / & in quodam producto fuo exhibito Senatui, & intitulato, Ablehnung / in §. Es ift auch die lauter Warheit / dicit, daß fie damals noch fehr klein vnd jung / vnd er darfür gehalten / jhrer geftalt nach were fie nicht vber vierzehen Jahr alt. 77

Ætatem autem † per afpectum probari, docent Bartol. *in dicta l.de ætate. colum.5.* Berous *confil.180.num 4.lib.1.* Alexand. *conf.29.lib.7.* Jofeph. Ludov. *decif.Peruf.55.nu.4.part.1.* Dionyf.de Francif. *inter conf.matrimon.conf.60. num.9 tom.1.* eaq; probatio tanto eft hoc cafu efficacior, quod ipfe reus aliter judicare non potuit, quàm actricem tum fuiffe annorum quatuordecim duntaxat. 78

Idem demonftratur teftimonialibus fub numer.1. ab actrice productis, in quibus actrix eo tempore, quo eæ literæ datæ funt, videlicet 16. Augufti, anno 1582. dicitur fuiffe annorum circiter 17. aut 18. quod tempus fi referatur ad tempus ftupri commiffi, quod incidit poft feftum Pafchatis feptimanis circiter fex aut feptem, anno 1580. apparebit, actricem eo tempore fuiffe annorum circiter quindecim.

Parentes etiam actricis, & inprimis mater eius fæpius affeveravit, actricem in anno 1580. non fuiffe multum ultra annos quatuordecim, cui affertioni tanto magis eft ftandum, quod mater parata fit id juramento fuo confirmare.

Etfi vero † parentes regulariter pro liberis ad teftimonii dictionem non admittantur, *vulg. l.parentes.Cod.de teftibus.* id tamen † fallit in caufa ætatis probandæ, *ut eft gloff.in l.etiam matris. ff. de probat. Abbas in cap. fuper eo. de teftibus. Bartol.in l.2. §.ætas ff de excufatione tutorum. idem Bartol. in l. qui teftamento. §. per contrarium. ff. qui teftamentum facere poffunt. & in l.de minore.colum.3.ff.de minor. Angel.in §.pater. Inftit.de teftamen.& ibidem Joan.Faber verfic.fed neque. Capol conf.ultim. colum.13. Ruin.confil.194. in hac caufa.num.3. lib.1. Berous conf.180. numero 3.lib.1. Socin.reg.506. teftes parentes.fallent.ult. Duen.reg.546.pater licet.fallent.ult.* & in terminis caufæ matrimonialis idem fequitur Albert. de Cortef. *inter conf.matrim. conf.26.num.19.& 20.* & Angel.de Caftro *conf.27.nu.1. tom.1.* 79 80

Sunt vero præter parentes etiam alii teftes, qui idem atteftentur, in rotulo Examinis ex parte actricis producti, teft.1. apud interrog.fpec.13.

 & 14.

&14.test 10. apud articul. posit.1.&3. Item te-
stis 6. apud interrog. speciale 13. & 19. ut hoc
minus dubitandum sit, parentum testimonium
81 hic recipi, quia † quando parentes concordant
cum aliis testibus, testimonium eorum recipi-
tur, *per alleg. à Duena d. regul. 546. versicul. secundo
fallit.*

Quibus accedit, quod etsi hæ probationes
nou sufficerent, facerent tamen coniecturas &
præsumptiones pro ætate actricis allegata, quia
82 in his,† quæ probationis sunt difficilioris, suffi-
cit probatio per coniecturas, & lex contenta est
ea probatione, quæ haberi potest, *l.consensu. C.de
repud l.filium quem.ff.de his qui sui vel alieni juris sunt.
Anton.de Butr. in cap.veniens. el 2.de testibus. Bald.in
authent.quas actiones.columna ultima,numero 9. C.de
sacrosanct. Eccles. Idem Bald. consilio 229. numero 11.
volum.2. Alexand. consil. 77. num.4. in fin. volum.7.
Feder.de Senis consilio 119. nulli dubium.Marsil.sing.1.
in fin.*

83 Ætatem autem esse de his,† quæ probationis
sunt difficilioris, ostendit Bartol.*in d.l.de ætate.nu-
mer.7.* Paris.*cons.*10.*num.58. volum.2.* quos refert
& sequitur Menoch. *lib.2.de arbitr. judic. quæst. ca-
su 116.num.2.*

Itaq; & probatione & præsumptione in hoc
etiam puncto pro actrice existente, ulteriori æ-
tatis probatione opus non est ex parte actricis,&
reo incumbet probare, quod maior annis qua-
tuordecim aut quindecim fuerit, *per textum,
& ibi Dd. in l.sive possidetis. C.de probat.* quanquam
ut maxime probare posset ætatem maiorem,
non tamē videretur ex eo relevari posse, quādo-
quidem utrinque constat, actricem multis annis
natu esse minorem, quàm sit reus, adeoque præ-
sumptio semper contra ipsum militabit, quod
actrici ad hoc perpetrandum occasionem dede-
rit,& non actrix ipsi: eaque præsumptio eo for-
tior redditur, quo fortiores videntur esse proba-
tiones ex parte actricis allatæ, ex eo quod nata sit
parentibus honestis atque piis, & ipsa sese per
totam suam vitam honeste & probe gesserit.

Quod utrumque etsi à reo negetur, ad eius
tamen probationem afferuntur testimoniales
sub numero 1. in quibus Senatus profitetur,
quinque testes juratos id coram se deposuisse,
idemque colligitur ex promotorialibus à Sena-
tu V. ad Senatum G. actrici datis, & sub num.2.
ab actrice productis, in quibus actricem & pa-
rentes eius esse quidem pauperes, attamen pro
purioris religionis professione plurima perpes-
sos esse asserūt. Utriq; Senatui adstipulantur ver-
bi Dei ministri in X. qui quodam suo scripto sub
num.3. ab actrice prolato honorificentissimum
actrici, eiusque parentibus perhibent testimo-
nium: cum quibus conveniunt nonnulli etiam
testes actricis in rotulo Francofurt. nempe 1. 8.
10.& 11. apud artic. posit. 1. & 3.& ibidem testis 6.
cumprimis autem apud interrog. generale 19.

Quarum probationum singulæ per sese vi-
dentur sufficere ad id, quod ponebatur demon-
84 strandum. Cum enim † literæ A.& Z. emissæ
sint à magistratu, & sigillo publico confirmatæ,
inducere videntur probationem probatam &
non probandam, *Bald.in l.quoties n.6.in fin.ff.de ju-
dic.& in l.2.in prin.ff.quand.fisc.vel privat. Hippol.in l.
si quis.num.140.ff.de quæstio. Socin.cons.12.quoniam.
in fin.volum.1. Dec.cons.118.viso processu.in princ.* imo
testibus † præponderare, *per l.Celsus.ff.de probat. l.* 85
*in donationib. C.de donation. c.post cessionem. & ibi
Canonistæ.de probat. l.si qua. ubi Bal.C.de episc.& cler.*

At cum testes & instrumenta concordent, at-
que ita utrumque probationis genus sit coniun-
ctum, tanto fortius & illi & hæc urgent, maxime
quod quatuor sint ministri verbi Dei testes, om-
ni, ut videtur, exceptione utpote clerici maio-
res,& sint vicini, qui † p̄sumūtur scire facta vici- 86
norum, *l.Octavi.ff.unde cognati.* & per multos alios
quos allegat Anton.Gabriel. *in titul. de præsumpt.
conclus.6.lib.1.conclus.comm.* & Pet.Duenas *reg.115.
incip.conjunctus, consanguineus*, & post eos Octav.
Cacher.*decis Pedem.71.num.43.*& Joseph.Ludov.
decis Perus.103 num.5.

Et licet nec testimoniales illæ, nec testes illi
quidquam de actrice, ipsiusque vita honesta di-
xissent, id tamen videbatur satis esse, quod † na- 87
ta esset iis parentibus, quibus tam egregium ho-
nestatis suæ testimonium perhiberetur. Solent
enim, ut sapientes opinari, Bald.ait *in l.liberti. co-
lum.1.num.4. versic. oppono tertio. Cod. de oper.libert.*
liberi progenitorum suorum imitatores esse, &
sæpe solet similis filius esse patri, *gloss in l.quod si
nolit.§.qui mancipia.ff.de ædilit.edicto. gloss. in l. quis-
quis.§.1.in verb.in quibus. C.ad leg.Jul.majest. gloss.in
cap.si quis.6.q.1.*

Præterea, stat pro ipsa actrice generalis illa iu-
ris præsumptio, quod † quilibet præsumatur 88
esse bonus, *textus est in l. merito.ff.pro soc. capitul.e-
stote.de regul.jur.cap.1.de scrutin. cap.sancimus. 1.quæ-
stion.7. Innocent.& Panormitan. in capitul.dudum de
elect. Dd in capitul. cum dilecti. de accusat. Bald. in l.
penultima, Cod. de quæstion. Alciat.in tract.præsumpt.
reg.3. præsumpt.1.* & quod homo semper præsu-
matur bonæ & laudatæ esse opinionis, tradunt
Fulgos.*consil.*173. *Cuman. consil. 125. Bald consil.29.
volum.1.per l.cum pater.§ rogo.ff de legat.1. & cap.li-
cet.de accusat.* eaque præsumptio est à natura, *se-
cundum gl. in l.fin. C.quod met.caus.* atq; ita tenent
Jac.de Belviso *per illum text. in l. omnimodo. Cod. de
inoffic. testament.* Angel. *in l.sciendum. in fine. ff. de
verborum obligat* Hippolyt. *in l.1. num 67. Cod. ad
legem Cornel.de sicar.* Felin.*in cap.dudum. num.11.&
seqq.de præsumpt.* cui consequens est, ut † actrix in 89
eodem statu & conditione mansisse præsuma-
tur, eousque donec in eam urbem veniens à reo
compressa est, *per l. non omnes. §. à barbaris. ff.de re
milit l.si cui. §. iidem. ff.de accusat.l final juncta gloss.
ff. de quæstion. Hippolyt. in l.maritus. numero trigesi-
monono, ff.eod.cap.3. cap. mandata. de præsumption.
Wesembec. consilio trigesimosexto, numero sexto,
part.1.*

Nam de † præterito in præsens præsumitur, 90
*Castrens. in l non ignoravit. Cod. ad exhib. & in l.ex
persona. numero 5. Cod. de probat. cum similibus. Fe-
lin. in capitul. in præsentia. numero vigesimooctavo,
de probat. per textum in l. sive possidetis. Cod. de pro-
bation. & in capitul. semel malus, de regulis juris.
in 6.*

Ac proinde non videtur actrix circa hoc fa-
ctum ullum adhibuisse dolum, siquidem † ho- 91
nestas vitæ multū operatur ad excludēdam præ-
sumptionem doli, ut tradunt Bal.*in l.2 C.de falsis.*

Bartol.

Bartol. *in l. quotiet. §. sed si non in corpore. ff. de hered. instit.* faciunt notata per Hostiens. & Johan. Andreæ *in cap. finem litibus de dolo & contum.* Alexand. *in l. properandum. §. sin autem alterutra. C. de judic. gl. in l omnimodo. in verb. non licebit. C. de inoffic. testam.*

Quæ omnia eo magis confirmantur, quod actrix ostendere conata est, reum in eodem delicti genere stupri & scortationis sese, antequam ipsam cognovisset, exercere solitum fuisse. Etsi enim quilibet bonus esse præsumatur, ut modo
92 ostensum est, & † præsumptio, per quam quis diceretur hærere in peccato seu delicto, non sit capienda, *c. fin. de præsumpt. d. c. 1. de scrutin.* magisq; præsumendum sit honestum, quàm inhonestum, *Panorm. in c. intelligimus. de adulter. Paris. cons. 10. n. 5. vol. 2. Menoch. de arbitr. jud. quæst. lib. 2. casu 89. nu. 22.*
93 ea † tamen bonitatis præsumptio cessat, quando ex vita præcedenti aliud induci potest & colligi, *c. semel. de reg. jur. in 6. §. sancimus auth. de testib. l. de minore. §. pen. ff. de quæstion. Bald. in l. 1. in fin. C. si quis omissa caus. testam Lucas de Penna in l. quemadmodum. C. de agric. & censit. lib. 11. Alciat. de præsumpt. reg. 3. n. 7.* Nam & tum locum habebit, quod ante dictum est, de præterito præsumi in præsens, eo-
94 que qui † semel malus fuit, præsumi in eodem delicti genere permanere malum, *d. c. semel. c. testimonium de testib. Hippol. sing. 74. Jas. in l. barbarius. ff. de offic. præsid.* & præsumitur quis perseverare in malo, in quo fuit irretitus, nisi sese probet emendatum, *ut notatur in d. c. testimonium. Speculat. de teste. versic. item opponitur quod est criminale. gloss. in capit. deniq. de except. Leonissa inter consil. matrim. con-*
95 *sil. 48. n. 93 tom. 1.* Mutatio † enim cum accidens sit, nunquam præsumitur. *gloss. in l. si vero. §. qui pro rei. ff. qui satisd. cog. antur. Petrus Peckius in dicto capit. semel.*

Jam autem E. testis ex parte actricis producta, & in rotulo in ordine nona deponit apud interr. spec. 8. Sie hette wol etwan gehöret/ daß Beklagter nicht so gar wol haußhielte/ wie sie jhn dann selbst vor einen leichtfertigen jungen Gesellen gehalten/ Dann jhr Haußwirth hette jhn zu X. einmal zu gast gehabt/ da hette er sich gehalten/ daß sie seiner bald müde worden.

At in specie quinque fœminarum in actis mentio fit, quarum pudicitiam reus attentasse aut violasse dicitur, eoque satis probatum esse videtur, reum non tunc primum, cum actricem carnaliter cognovit, cepisse, sed ante etiam res venereas exercuisse.

Nam etsi testis 9. in genere deponat, quod audierit, reum sese non admodum bene gerere, in specie tamen postea subdit, quod male se gesserit, cum à marito suo invitatus fuit, & testes reli-
96 quæ de actibus magis specialibus. In ore † autem duorum vel trium consistit omnis veritas, *l. ubi numerus. ff. de probat. c. admonete. 3. q. 2. c. licet ex quadam. de testib. l. fin. C. familiæ ercisc. Innoc. in c. sicut. de simon. Mynsi. obser. 76. cent. 3.*

Quibus testibus tanto magis credendum esse videtur, quod partim de visu, partim de facto etiam proprio attestentur. Testi autem † depo-
97 nenti de facto proprio creditur, etiamsi non habeat contestem, *Jas. in l. 1. nu. 65. & 66. C. de summa Trin. Castrens. in l. 2. §. 1. ff. si ex noxal. causa ag. l. servos. C. de testibus. Mynsing. resp. 25. num. 17.* Nec putandum est, quod sint singulares, siquidem ea, de
quibus deponunt, eiusmodi sunt, ut ad eundem 98
finem tendant, & unius dictum coadjuvetur per dictum alterius, juxta doctrinam Decii *in cap. licet causam. num. 6. de probat.* Lanfranc. *in c. quoniam contra. n. 30. in verb. testium. eod.* Cephal. *cons. 141. n. 12. lib. 1.* Mynsi. *obser. 20. cent. 2.*

Itaque valde videtur verosimile deliquium animi, quod reo X. contigit, cum super hoc facto examinandus fuit, iusto Dei iudicio ipsi contigisse: idemque arguere videtur conscientiam
Rei in hac causa malam. Nam † ex vultu, aspe 99
ctu, constantia, trepidatione, ex oculorum sermonisque indicio delinquentis conscientia observari potest, qualis sit, *ut est textus singularis in l. de minore. §. plurimum. ff. de quæstion. Bartol. in l. ii qui reus num. 12. in fin. ff. de public. judic. & præclare Cicero in orat. pro P. Sylla. sub finem.* Unde illud vulgatum. Heu quam difficile est, crimen non prodere vultu. Et Juvenalis: Rubet, inquit, auditor, cui frigida mens est Criminibus, tacita sudant præcordia culpa. Hinc dicimus, Conscientiam mille testes esse, ut refert Quintilian. *orat. instit. lib. 5.* & Erasmus *in Chiliad.* dicens: Conscientiam rem esse unam omnium efficacissimam, adeo ut nulla tormenta melius prodant maleficium, quàm conscientia.

Ac ne illud quidem malæ conscientiæ in reo est exiguum indicium, quod cum ministri verbi Dei ad Consistorium Ecclesiæ de hoc facto copiose, quidque de eo sibi videretur, scripsissent, N. autem, qui tractationibus omnibus apud eos ministros interfuit, eorumque in his fuit amanuensis, reum eiusque patrem de eo scripto certiorem fecisset, uterque & reus & pater ipsius suis practicis tantum effecerunt, ut literæ illæ à Consistorio non fuerint resignatæ, sed ita clausæ ad X. remissæ, quod utique ipsi non procurassent, aut certe procurare non debuissent, si causæ bonitate nitebantur.

Postremo videtur, quod ipse Deus reum confundere voluerit, & iniustitiam causæ eius in apertum producere, eo quod reus sibi contrarius deprehenditur. Nam coram quatuor viris G. dixit, se ea vespera, qua hoc factum admissum est, enixum quidem esse congredi cum actrice, sed congressum non fuisse, & præter contactus sibi tum nihil cum ea fuisse, prout apparet ex documento sub num. 7. exhibito, cuius tamen contrarium, quod nimirum cum ea rem etiam habuerit, postea coram ministris, atque etiam in processu, tam coram Senatu, quam Scabinis Reipublicæ G. confessus est. Deinde negavit reus, sese tertia nocte factum illud subsecuta, cumque parentes Rei cum tota familia abessent, ipsumque & actricem solos domi reliquissent, nihil rei cum actrice habuisse, ut ipse reus manu sua scripsit ad N. de quibus literis testantur testis 1. 2. 3. & ipse N. testis 5. in rotulo ex parte actricis producto, & tamen postea id con-
fessus est. Qui vero † tantopere variant, & sibi 100
contrarii sunt, fortissima iuris præsumptione se gravant, *l. qui falsa. ff. de testibus. Paris. consil. 77. nu. 3. & consil. 152. numer. 19. volum. 4. Cravet. consil. 178. num. 4. volum. 2.* ideoque non merentur, ut aliqua ipsis adhibeatur fides, *d. l. qui falsa. gloss. in l. nemo*

ex his. ff. de reg. jur. Jason in *l. fin. C. de fideicommiss.* Doctores in *l. fin. ff. de rei vendicat.* Salicet. *in authent. contra qui propriam. C. de non numerata pecunia.* adeo ut ad torturam etiam indicium patiat variatio & contrarietas, *Marsil. in practic. crimin. §. diligenter. num. 68. & cons. 15. num. 15. & cons. 130 num. 45 Bartol. in l. de minore. §. plurium. ff. de quaest. Roland. à Valle cons. 3, numero 8. volum. 3. Grammat. voto 30 numer. 16.*

Ex his, quæ hucusque pro parte actricis deducta sunt, videtur satis probatum esse, stuprum in ipsam violenter admissum, ac proinde reum sententia judicis compellendum esse, ut ipsam in uxorem ducat, & competentem dotem constituat: quamvis actrix id nunc non quærat, ut reus ipsam ducat, sed potius ut eum eam jam duxerit, & ipsa eius uxor facta fuerit, impleat ea, quæ ad perfectum matrimonii complementum pertinent. Prætendit enim actrix, sibi à reo matrimonii fidem datam, & præterea id matrimonium copula carnali eam fidem subsecuta consummatum esse. Quare de ea quæstione matrimoniali, utpote in qua summus rei cardo vertatur, adeo ut actrix interdum id solum à se disputari & quæri affirmet, nunc videndum est.

Dicit autem actrix, sibi nihil tale cogitanti à reo, ultro & sponte ea vespera, cum primum ab ipso carnaliter fuit cognita, promissionem matrimonii factam, ut hoc scelus à reo admissum non panderet, quemadmodum etiam eam ob causam, ut consuleret honori & existimationi domus S. id non pandisset, eousque donec animadvertisset, reum fidem datam fracturum, aliam quàm se uxorem ducendo.

Reus promissionem factam negat, & ut aliqua facta sit, eam tamen non ea vespera, sed alias, & quidem sub conditione, *si actrix ex ipso peperrit*, factam esse, actricem autem nunquam fuisse gravidam, multo minus peperisse.

At promissionem eo modo, ut actrix dicit, factam esse, ut probetur, allegatur primum ipsius Rei confessio, deinde instrumentum seu scriptura prætensæ inter ipsum & actricem & utriusque parentes super hac controversia transactionis initæ.

Quod ad confessionem Rei attinet, ea qualis sit, videtur esse manifestum ex scripto quatuor virorum G. sub num. 7. exhibito, in quo hæc verba sunt: Quia vero ipsa allegabat, reum matrimonii fidem ei dedisse, reus negavit à se factam huiusmodi simplicem promissionem, verum confessus est, quod semel ad concubitum ipsius accedens conquesta sit, Quid fiet de me, si gravida peperero? Tumque reus ei respondit, & promisit, quod ducturus esset eam in matrimonium, si liberos ex se pareret: atque idem quod G. dicitur, X. coram quatuor eius urbis ministris verbi Dei confessus esse: eademque confessio videtur esse satis manifesta ex actis judicialibus,

101 quæ † notorium inducunt, *c. fin. de cohabit. cler. Innocent. in cap. ex insinuat. in fin. de appellat. Jas. in l. ait prætor. §. si damnetur. num. 2. de jurejurand. & in l. ejus qui in provinc. num. 3. ff. si certum petatur de reb. creditis.* fidemque faciunt plenam, etiam sine testibus, quemadmodum scripturæ publicæ, *Marant. in specul. suo aur. part. 6. tit. de act. edit. n. 23.* Bal. *in l. gesta. n. 3. C. de re jud.* Bar. *in l. emancipatione. C. de fide instrumen.* & est confessio probatio probata, ut præter superius allegata dicunt Jas. *in l. cum te. C. de transact.* Dd. *in rubr. C. & extra. de probat.* Joan. de Bonamic. *cons. 8. & cons. 33.* Bal. *in l. 2. C. de edicto D. Adriani toll.*

Tantoque magis id hoc casu dicendum est, quod non modo extraiudicialiter coram quatuor & pluribus testibus, verum etiam judicialiter facta est, & non semel, sed sæpius & iterato, & non oretenus tantum, verum etiam in scriptis. Confessio † autem in scriptis facta revocari 102
omnino non potest, ut docent Jas. *in l. error. C. de jur. & facti ignor.* Bald. *in l. generaliter. C. de non numer. pecun.* Bursat *cons. 119. num. 18. volum. 1.* & confessionem extrajudicialem per duos testes probari, & parte absente factam inducere semiplenam probationem, facereque indicium veritatis, secundum communem Doctorum opinionem supra demonstratum est.

Cumque id maxime procedat, si † sit gemi- 103
nata, ut tradunt Panorm. & Felin. *in c. si cautio. de fide instrum.* Cyn. *in l. 1. C. de confess.* Socin. jun. *cons. 8. num. 20. volum. 2. & cons. 89. nu. 2. vol. eod.* Curt. jun. *cons. 168. nu. 8.* Cephal. *cons. 297 nu. 2. vol. 2.* Afflict. *decis 337. n. 5.* Portius *in tract. commun. opin. lib. 1. conclus. 22.* ubi permultos alios allegat.

Imo vero † confessio extraiudicialis geminata 104
æquiparetur confessioni judiciali, sicque plenissime probet, ut præter prædictos tradunt Marant. *d. part. 6. tit. de confess. n. 15 vers. tertio limit.* Jas. *in l. triticum. n. 10. ff. de verb. oblig.* Lud. Roman. *in l. nuda. ff. de donat.* Dec. *cons. 163. n. 2.* Jas. *in l. admonendi. num. 149. vers. pro ista opinione. ff. de jurejur.* ubi dicit, quod talis geminata confessio plene præiudicet, sicut confessio ipsa judicialis, & secutus est *ibid.* Petr. de Ptolemæo *nu. 110.* & Francisc. Curt. *num. 142.*

Multo magis igitur procedet hoc casu, quo confessio judicialis & extrajudicialis concurrunt, & quidem utraque sæpius reiterata, argumento à minori ducto ad majus, quod † in jure 105
frequens & validum esse ait Nicol. Euerhard. *in locis legalib. in loco, à minori.*

Nam confessio † judicialiter facta, etiamsi so- 106
la sit & semel facta, confitenti præjudicat, per alleg. à Petro Duena *reg. 117. incip. confessio facta in judicio.* & fortius operatur, si sit geminata, ut volunt Bart. *in l. cum scimus. C. de agr. & cens. lib. 11.* Castrens. *in l. Publia. § fin. ff. depositi.* Felin. *in cap. bona. de rescript.* Jason *in rubr. ff. de verb. oblig. nu. 2. & ibid. Dd. & not. in c. 1. de pact.* Nicol. Euerhard. *in locis legal. in loco. à vi geminat.* atque in specie, quod eiusmodi confessio pro matrimonio contrahendo maxime valeat, tradit Boër. *cons. 40. num. 70. & 71. per gloss. & Dd. in cap. super eo. de eo qui cogn. consanguin.*

Nec obstare videtur, quod reus eam promissionem dicit factam esse non simpliciter, sed sub conditione, quia actrix conditionem appositam esse negat, neque dum reus eam probavit: ideoque † qualitas confessioni annexa reiicienda, se- 107
cundum doctrinam Marantæ *in dicto tit. de confess. num. 27.* Menoch. *de arbitr. jud. quæst. lib. 2, casu 93. num. 36. & seq.*

Nam

Nam cum actricis intentio ex supradictis fun-
108 data esse videatur, reus tenetur, si † eam vult eli-
dere, ut id quod suæ est intentionis probet *l. in exception. ff. de except. l. sive possidetis. C. de probat. l. etiã ff. de donat. int. vir. & ux. Bart. & Dd. communiter in l. in illa stipulat. ff. de verbor. obligat. Angel. in l. actor. Cod. de probatio. c. plerunque in fine. 2. quæst. sept. ma gloss. in*
109 *c. non est. de consuetud. in 6.* Et regula est, ei † qui affirmat probationem incumbere, *per jura vulg.* & quando aliquid negatur factum esse, quod ab
110 adversario asseritur, tunc † negantem nullo probationis onere gravandum esse *l. ei incumbit. ff. de probat. Bartol. in l. si pecuniam. Oppos. 4. ff. si certpetat. de reb. cred. Ias. in dict. leg. admonendi, colum. 1. Dd. conf. 442 colu 3. Soci. cons. 88. col. 1. Cravet. cons. 197 col. fin.*

Non enim sufficit dicere, sed quod dicitur debet probari, *l. 1. §. si quis dicatur, & ibi Hippol. ff. de quæst. & l. 1. ff. si quadrup. paup. fecisse dicatur, cũ simil.*

Eoque magis teneri videtur reus adjectionem illam probare, quod contra eum sit præsumptio, quod sicut coram quatuor viris G. falso asseruit, se ea vespera actricem non cognovisse ita etiam falso asseuerit promissionẽ ea vespera nõ factã, & cum facta est, conditionem ei appositam fuisse, cum juris sit, eum, adversus quem præsumptio est, probatione onerandum, *per jura vulg.*

Quamvis ut maxime ejusmodi aliquam conditionem appositam fuisse concederetur aut probari posset, non tamen esset relevans ut ejusmodi probatio non esset admittenda per regu-
111 lam, quod † de jure non debet quis admitti ad probandum, quod probatum eius causam non adiuvat *gloss. in c. cum contingat. in verb. nihilominus, de officio delegat.*

112 Esset enim ea † conditio pro non adiecta habenda, utpote quæ minus sit honesta & Christiana, *c. ult. de condit. appos. Didac. Couvar. in Epitome lib. 4. Decretal. c. 3. n. 12.*

113 Deinde cum † copula carnalis conditionem assertam subsecuta sit, ut patet ex sæpedicto documento sub num. 7, conditio illa pro purificata censenda videtur & matrimonium pro consummato habendum *specul. de præsumpt. Parag. species. numer. quarto, & quinto. per c. de illu. de desponsa. impub. c. per tuas. de conditio appos. c. super. de eo, qui cognovit consang. uxor. gloss. in c. veniens ad nos. de sponsal. c. significavit. de eo qui duxit in matrimon. quam per adult. pol. c. insuper qui matrimon. accus. possunt. Capolla Cautela 22.*

114 Præterea iuris est manifesti, ut † conditio pro impleta habeatur, cum per eum, ad quem spectabat, steterit, quo minus impleretur, *l. hæc venditio. ff. de contrah. empt. l. jure civili ff. de conditio. & demonstratio. Dec. in l. 1. numer. 5. Cod. de institu. & substitut. & in l. in jure civili, numer. 2 ff. de reg. jur. Idem Dec conf. 629. in fine. Cagnol. in l. quod quis. ff. de regul. jur. Grammat. decis. Neapolitan. 102. numer. 108. Ruin. cons. 166. num. 12. lib. 3. Zas. li. 2 Intellect. singul. c. 25. Tiraquell. de retract. consang. §. 15. gloss. 2. numer. 7. Menoch. de arbitrar. judic. quæst. li. 1. quæst. 68. numer. 38.*

At vero per reum videtur stetisse, quo minus actrix gravida fieret, quandoquidem ita actricẽ cognovit, ut Onæ delictum commiserit, quod ipse confessus esse dicitur testi actricis in rotulo Francofurtensis primo, qui ad artic. posit. 26. ea de re deponit, quãvis reus prætẽdat, se aliud huic testi dixisse, nimirum hoc modo er wisse wol daß sie die Clägerin/wie sie damals fürgegeben nicht schwäger wehre auß natürlichen ursachen/ꝛc. quã causam naturalem actrix eã esse dicit, quod materiam ex qua ipsi subtraxerit.

Quod si nunc etiam transactio, quæ super hac controversia facta esse prætenditur, & judicialiter 24. Augusti anno 83. producta est, aspiciatur, itidem, ut ex confessione rei, ita ex illa etiam apparebit reum actrici matrimonii fidem, & quidẽ citra ullam conditionem appositam dedisse. Nã in illa Germanice versa ita dicitur. vñ solches auß der ursachen dieweil l. vnd Reus es nicht darfür halten daß jhnen von angeregten sachẽ einige Obligation oder auch beschwernus deß gewissens võ wegen der Ehversprechnuß sey so zwischen reo vñ actrice meiner Tochter vor vnd nach der leiblichen Copulation vorgelauffen Et paulo post wir gebẽ jhn queit vnd ledig aller obangeregten versprechnuß/so er meiner Tochter gethan mag haben Quę transactionis verba eo fortius reum urgent, quia scripturam super ea ipse in judicio produxit, & præterea ad voluntatem & arbitrium ipsius atq; patris ejus concepta est.

Nam † scripturam producens censetur confi- 115
teri contenta in ea scriptura *Dd. in c. cum venerabilis. de except. & in l. 1. § editiones. ff de edendo Alexan. cons. 108 num. 5 vo'u. 5. Rol à Valle. cons. 2. num. 116. vol. 1* adeoq; tam est verum, ut productio scripturę facta cum protestatione in parte & partibus, nõ obstet quo minus scriptura fidem faciat contra producentẽ *per gloss. in dict. §. editiones. versic. econtra quam ad hoc singularem ibi dicit Bolegn. post Bald. in l. unica, colum. 2. versi. judex tamen. Cod. ut quæ desunt advocat. quem sequitur Castrens. ibidem. numer. 5.* Ale. *consi 124. num. 5. volum. 7. Joh. Andr. in addit. ad Spec. in addit. penultim. ad tit. de instrumen. ed t. §. videndũ, in verb. versiculo primo. Jas. in dict. §. editiones. numer. 18. & in l. non solum §. morte. ff. de oper. nov. nunciat.* Felin. *in c. 1. numer. 9. versic. fallit primo de probat.* ubi notabiliter ait, protestationem illam non procedere, quando jura quæ producuntur sunt cum producente confecta, atq; hanc opinionem de jure veriorem testatur iuribus & rationibus Paris. *in d. c. cum venerabilis nu. 17. & 19.*

Ex quibus omnibus consensus actricis & Rei
in matrimonium colligi potest, quo † solo matri- 116
monium perfici est text. *in c. Tuæ, c. cum apud, c. cum locum. de sponsal. c. sufficiat c. matrimonium. 27. quæst. 2. l. nuptias. ff. de reg. jur. Lapus alleg. 57. Areti. cons. 13. viso. in princ. colum. 6. ubi dicit. idem esse in matrimonio clandestino, allegando Abbat. in cap. 1. de clandest. desponsat.*

Quibus accedit, quod ministri X. statim ab initio huius cõtroversiæ de hoc negocio ad Cõsistorium scripserunt, & iudicarunt reum de iure teneri ut in uxorem ducat actricem, quod iudicium approbatur sententia Scabinorum, G.
pro qua † præsumitur quod sit iusta & cum cau- 117
sæ cognitione plena lata. *c. bona el. 1. §. not igitur. de elect. c. sicut. §. fin. de sentent. & re judic. Clemen. prima. de sequestrat. possessio. l. Herennius. §. Caja. ff. de eviction. l. suspecta. § primo. ff. de inofficios. testamen.* eamque communem esse opinionem dicit Alexand.

*conſ.22.viſo proceſſu nu.1.vol.2.& conſ.105.pondera-
tù narratu.n 1.& 2.vol.5.*

118 Atq; hoc quidem tanto magis,quia ſicut † pro
matrimonio præſumendum eſt, *c.fin.de re judic.
Dec.conſ.163.Hieron.* Gratus *inter conſil.matrimon.*
119 *conſ.75.numer.5.& ſeq.tom.1.* ita † etiam in dubio
pro matrimonio judicandum eſt,*c.licet ex quadã.
de teſtib.c.ex literis.de probat.c.videtur.qui matrim.ac-
cuſ.poſ.c.directe.de appellat c.fin.de condition.appoſ.c.ſi
quis acceperit.33.quæſt.1.Abb.in c.ex literis.colum.ul-
tim.de ſponſal.idem in c.mulieri.in princip.de jurejur.
gloſſ.& Johan.Andrea in c.cum ſunt partium jura de
reg.jur.in 6.Alexand.conſ.152.viſo proceſſu.colum.2.
verſ.nec dicatur.volum.5.Dec.conſil.133.ad finem colu.
1.*etiã ex præſumptionibus,*c.cauſam matrimonij.
de probation.c.literis.c.tertio loco.de præſumpt.ad quod
faciunt notata in c.is qui fidem.& in c.fin.de Sponſal.
Zaſ conſil.3.volum.*1.adeo ut matrimonium etiam
præſumptum nedum probatum,non admittere
probationẽ in contrarium teſtetur Martin.Lau.
inter conſ.matrim.conſ.16.n.17.tom. 1.

120 Et cum † alias à communi opinione in judi-
cando recedendum non ſit,*ſecundum c.novimus.de
verbor.ſignificat.Dd.in c.1.de conſtitution.cum ſimili-*
121 *bus.*in cauſa tamen † matrimoniali unius Do-
ctoris authentici opinionem pro matrimonio
prævalere communi opinioni,contra matrimo-
nium eſt dictum ſingul.Hoſtienſ.*in c.ſi vir.de co-
gnat.ſpirit.*& illud exclamat Felin.*in rubr.de ſpon-
ſalibus colum.penultim.verſic.pono in caſu.quos refert
Zaſ conſ.3.numer.22.& conſ.2.numer.83.volum.2.&
ſequitur,Andr.Gail.pluribus allegatis lib.2.obſer.pract.
94.numer.ultim.& præter eos Corat.in tracta de com-
muni opin.lib.2.tit.9.caſu 20.Rubeus inter conſ.matr.
conſ.73.n.9.tom.1.*

122 Quemadmodũ † & favore matrimonii mul-
ta alia ſpecialia recepta ſunt,*c.ex literis.de probatio.
c.fin.de ſentent.& re jud gloſſ.in c.1.ut lite non conteſt.
in verbo ſervetur.cum infinitis aliis.*

Etſi vero ex ſuperioribus non videatur dubi-
tandum eſſe,plurima ex illis per ſe ſola plenam
facere probationem, nedũ ſemiplenam, tamen
123 minus de eo dubitandum videbitur, ſi † ſingula
illa ſimul conjugantur, quo minus plenam fidẽ
faciant,quam coniunctionem in cauſis etiã ma-
trimonialibus locum habere atteſtantur in con-
ſiliis matrimoniali. ſeorſum excuſis Leoniſſa *cõſ.
50.num.2.*Petr.Franciſ.de Thomeis.*conſ.64.n.11.
& 12.*& Petrus Albignan.*conſ.67.nu.7.tom.1.*Zaſ.
conſ.12.n.18.& 19.tom.2.

Quam ob cauſam ſæpe dicti Scabini cum vi-
derentur potuiſſe ſine ullo juramento actricis
prævio reum in petita condemnare,tutiſſime ta-
men feciſſe dici poſſunt,quod actrici juramentũ
124 ſuppletorium detulerũt.Etſi n.juramentũ † ſup-
pletorium in cauſis parvis non in magnis regu-
lariter deferri ſoleat *Jaſ.in repeti.l.admonẽdi.n.122.
ff.de jureju.Soc.reg.252.incip.juramentũ in probationis.
ſallent.21.Menoch de arbitrar.jud.quæſt.li.2.caſu.72.*
125 *n.1.*quando tamen eſſet † plus quam ſemiplene
probatum,ut in noſtro caſu juramẽtum ſupple-
torium deferretur etiam in cauſis magnis & ar-
duis,ut per Dd.*in d.l.admonendi,*ubi Curt.jun.*nu.
67.verſ.poſtremo.*dicit,quod de facili aliquid plus
poterit probari ultra ſemiplenam probationem
& hoc modo obtinere iuramentum.Prout eum
refert Petr.de Benintẽd.*deciſ.Bonon.67.nu.6.*idq;
conſulẽdo ſequũtur Ale.*conſ.122.in fin.vol* 2.Nat-
ta.*conſ.305.n.5.*Gozad.*conſ.11.n 18.*Rolan.à Valle
*conſ.26.in fin.lib.1.*Burſa.*conſ.39.n.36.lib.1.*Ceph.
conſ.141.n.20.li 1.& multi alii quos allegat Aymo
Cravet.*conſ.198.n* 10.

Et in ſpecie, quod † in cauſa matrimoniali ſi 126
matrimonium plus quam ſemiplene probatum
ſit iuramento ſuppletorio locus ſit,eſt gl. *in c.vi-
dua.de regular.*quã ſequuntur Caſtr.ex Alex.*in l.3.
in princ.col.45.ff.de jureju.*ibiq; Jaſ.*nu.26.*Bal.*in l.in
bonæ fidei.C.de rebus.cred.*& omnes Dd.in hanc ſen-
tentiam convenire dicit Nic. Gravat. *inter conſ.
matrim.conſ.81.n.15.*

Itaq; cum actrix ſententiam iudicis acceptans
iuramentum hoc ſibi delatum corporaliter præ-
ſtiterit,videtur inde conſequi,quod defectus ꝓ-
bationum,ſi qui fuerunt,eo ſuppleverit.omniſ-
que difficultas in contrarium præſumendi ſub-
lata ſit, iuramentum † enim probationem facit 127
plenam *gl.in c.1.in verb.non probet.de conſtitut.rect.
feud.*maioremq; † vim habet,quam res iudicata 128
*l.3.l.non erit.§.fin.cum l.ſeq.ff.de jurejur.l.1 l.actori.&
ſeq.Cod de reb.cred.*& † habet executionem pa- 129
ratam,*late Jaſ poſt Bartol.in l.2.ff.de jurejur.& in §.
item ſi quis poſtulante.numer.87.& ibid.Lud.Gomez.
numer.2.Inſtit.de action. Vivius in ſuis comm.conclu.
in verb.juramentum judiciale.late Tiraquell.in repetit.
l.ſi unquam,in verſ.donationi largitus.nu.*104 *& ſeq.
C.de donat.*

Neq; † contra juramentum delatum & præ- 130
ſtitum admittitur probatio,nec aliquid propter
quod hujuſmodi juramẽtum retractetur, ut no-
tatur *in l.1.C.de reb.cred.l.poſtremo.ff.de re jud Jaſ.in
l.ait prætor.§.jurari.n.6.ff.de jurejur.*imo † ex eo ori- 131
tur exceptio litis finitæ,*l.1.& 2.& ibi Alex.& alij
moderni ff.eod.*

Et quod actrix juramentum ex conſcientia &
veritate præſtiterit, ꝓſumitur, quia nemo † cre- 132
ditur velle pejerare vel offendere in perniciem
propriæ ſalutis *l.fin.C.ad leg Iul.repetund.l.2.Co.de
reb.cred.c.ſancimus.1.quæſt.7.& ibi.gloſſ* Nam in le-
ge decalogi præceptũ legitur,Non pejerabis ne-
que pollues nomen Dei tui *Levit.19.& Matth.5.*
& convenit quod ſcriptum eſt de Suſanna, quæ
potius ſine delicto voluit incidere in manus illo-
rum teſtium falſorum, quam peccare in con-
ſpectu Domini,*Daniel.cap.13.Luc.de penna in l.nec
ipſi.col.1.C.de incol.lib* 10.*& refert.Octav.Cacher.de-
ciſ.Pademont.66.n.14.*

Ex quibus omnibus pro actrice decidendum
eſſe videtur quod actionis à ſe intentatæ funda-
menta non ſolum ſemiplene verum etiam ple-
niſſime probaverit,ac proinde quod reus ſecun-
dum petitionem libello oblato annexam ſit cõ-
demnandus.

TERTII CAPITIS RESOLUTIO.

VErum cum penitius omnes ac ſingulas totius
facti circumſtantias perpendimus, ac inter
ſe conferimus,quamplurima occurrunt,quæ ſu-
pra dictis non obſtantibus, faciunt, ut exiſtime-
mus actricem intentionem ſuam nequaquam i-
ta ut oportet probaſſe,ac proinde reum in peti-
ta condemnari nec poſſe nec debere.

Unicum tamen ſtuprũ excipimus,quod ex iis
quæ

quæ superiori capite deducta sunt satis, quo ad
133 simplex factum probatum, ideoque † reum, quo ad illum pūctum de jure compellendum esse ad dotem competentem actrici constituendā, censemus, per tex. *Deuteron. cap.* 22. *& Exo.* 22. expressum relatum *in c.* 1. *de adult.* ubi habetur, quod si quis seduxerit virginem nondum desponsatam, dormieritq; cum ea, dotare, eam debeat & habere in uxorem.

Evidentissimas enim illas juris præsumptiones pro actrice allatas, quod virgo adhuc fuerit, reus, si in hoc etiam puncto obtinere voluisset, evidentissima probatione elidere ac contrariū ostendere debuisset *per l. si extraneus ff. de condict. ob causam l.* 1. *ff. quod metus causa, & c. Soc. cons.* 59. *col.* 3. *& cons.* 190. *col.* 3. *Dec. cons.* 100. *col. fin. Rolan. à Valle cons.* 9. *n.* 56. *vol.* 1.

At tantum abest ut probaverit eam virginem tum non fuisse, ut etiam probare ne tentaverit quidem multo minus ut urgentissimas illas præsumptiones eliserit.

Nec attendendum est, quod actrix aliquoties in actis hinc inde protestata est, honorem suum sibi pecunia venalem non esse, nec se ullā petere pecuniam quia primo cōclusio libelli ab ipsa ob lati expresse etiā in ipsam dotem est directa: deinde quod in exequendo quidem actrix, ut pecuniam accipiat, cogi non debeat, si accipere nolit, at in pronunciando reus ad id condemnādus sit, quoniam de voluntate actricis, quam ex conclusione libelli potius metimur nondum cōstet utrum pecuniam repudiatura sit necne.

134 Quod autem stuprum † illud vi adhibita à reo in actricem commissum sit, verosimile non est, ideoque speciem habet falsi, *Bald. in l.* 1. *C. de serv. fugit Jas. in l. si extraneus numer.* 8. *Cod. de condict. ob turpem causam, Decius cons.* 94 *numer.* 2. *& cons.* 644. *numer.* 6. *Paris. cons.* 81. *numer.* 25. *volum.* 1. *& cons.* 55. *num.* 5. *&* 6 *vol.* 4. *Cravet. cons* 61 *nu* 9 *Tiraq. in præfat. repetit. l. si unquam. à nu.* 37. *usq; ad n.* 62. *C. de revocand. donat.*

Id primum ex eo constat, quod cum stuprum illud in urbe nocte tacita, in ea domo, cui plurimæ aliæ vicinæ erant, & in qua rei parentes fuerunt, & utraque eius soror cum ancilla adhuc vigilavit, & in ea domus parte, quæ publicæ plateæ exposita erat, commissum sit, actrix tamen non exclamavit, quod utique facere debuisset atque etiam fecisset, si ipsi vis aliqua adhibita fuisset, secundum ea, quæ Deutern. cap. 22. leguntur. Et quod non exclamarit ipsa actrix corā supra dictis quatuor viris confessa est, ut cōstat ex sæpe dicta scriptura n. 7. exhibita, in qua dicitur quod actrix interrogata quamobrem, si violata esset, non exclamasset, præsertim cum eo loco esset, quo famæ suę consulere potuisset, admonendo illos qui adhuc vigiles erant, aut excitando eos qui dormiebant, respondit, metu prohibitam fuisse ne ipsius consobrinus excitaretur &c. Deinde quod non clamaverit, duo actricis testes deponunt test. 1. apud interrog. spec. 7. & test. ult. apud interro. spec. 18. actricem apud ipsos cōfessā esse.

Neque etiam vel unicum hominem producere potest, qui ipsam exclamantem audiverit, imo è contrario reus probavit, quod utraque sua soror & ancilla, cum tamen adhuc vigilaverint, nihil audiverint. Ita enim deponit ex rei parte producto testis 8. ancilla apud artic. defension. 34. & 45. & testis 12. rei soror apud artic. defens. 34. & altera rei soror apud artic. defensio. 42. test. 7. apud art. def. 34. Quod autem, si exclamasset, exaudiri potuerit, & à vicinis & à domesticis attestantur test. 7. apud. defens. 34. & apud defens. 43. & itē test. 8. apud art. 42. & apud eundem test. 11. & test. 12. apud defens. 12. & testis 13. apud defens. 42.

Quod autem potuerit clamore aut tumultu facto sese vi rei prætensæ eripere satis est clarū, quia, absque omni dubio homines excitati & præsertim sorores & ancilla altera adhuc vigilantes accurrissent, & reus ipse præ metu à vi ulteriori abstinuisset: & quod voluissent actrici succurrere si quidquā clamoris aut tumultus excitati audivissent, deponit testis 8. apud art. defens. 45.

His accedit maxima actricis varietas & inconstantia circa hunc punctum. Nam ut ex actis satis evidenter elucescit, alias fatetur se clamasse, alias fatetur se non clamasse: & interrogata cur nō clamaverit, modo prætendit quod reus lingua sua ipsi os occluserit, ut clamare non potuerit, alias quod verita fuerit ne Cōsobrinus suus excitaretur: alias quod reus strophiolo ipsi os obturaverit alias quod reus matrimonii fidē ipsi dederit, atq; eo tacere fecerit, alias quod reus ipsi minatus fuerit, si clamaret fore ut ipsi nunq̄ bene sit futurū.

Quæ variatio & contrarietas præsertim multiplex fortissima juris præsumptione gravat variantem eāq; vim habet, ut vel eo nomine dicendum sit, actricem non exclamasse eiq; contra de ea re aliquid asserenti nulla sit adhibenda fides, per ea, quæ de variātis contrarietate in secundo capite sunt allegata. Etsi v. actrix eā contrarietatē tēpora distinguendo conciliare nitatur, hoc modo, quod cū reus primum vim ipsi inferre cępit, ipsa clamare cęperit, sed quod reus ipsam clamare postea impediverit, & post stuprū cōmissum matrimoniū ꝑmiserit, eæ tamen cōclusiones ob nimiam illam & multiplicem variationē ac contrarietatem non sunt attendenda, & alias etiam ejusmodi sunt, ut superioribus non obstent.

Nā ut alia brevitatis gratia taceantur, primū certum est, quod illā distinctionem ab initio nō fecerit, sed eā postmodū cum vidit ea, quæ dixit simul consistere non posse, excogitarit, si confessio ejus corā dictis quatuor viris facta cōferatur cum depositione ipsius actricis testis 1. & ult. illius apud interr. spec. 7. hujus apud interr. spec. 18.

Deinde testes supra citati expresse affirmant se nihil omnino audisse vel clamoris vel minimi ē tumultus, cum tamen facile si quid accidisset audire potuerint, ut qui adhuc vigilaverint, & ꝑterea alii dormientes in vicinia excitari: nec est verosimile si vis adhibita fuisset, reū tā statim actricis compotem fieri potuisse, quo minus satis superq; exclamando innocentiā suam testificari potuerit, siquidē cū primū reus in os actricis linguam suā immisisse dicitur, cum in ipso actu stupri fuerunt. Præterea causa illa q̄ de Consobrino suo nō excitādo prætexit est perpetua: & cū non solum post stuprum commissum, verum etiam in ipso stupri actu & ante stuprum locum habuerit, eo ipso actrix satis arguit, se nec ante, nec in

in nec post factũ clamasse sed patienter reum admisisse.

Quam ob causam vel ex hac sola actricis varietate præsumitur, quod nõ clamaverit, quæ præsumptio si ad superiorem ipsius confessionẽ & dicta testium conferatur, evincitur inde necessario quod actrix non clamaverit sed volens stuprũ admiserit.

Atq; ea eo magis confirmantur quod actrix ad sorores rei & ancillam post stuprum commissum reversa, cum ex ea quæreretur, ecquid tãdiu in hypocausto fecisset, ne minimo quidem verbo de stupro, ne dum de violentia sibi illata à reo mentionem fecit, quod utiq; non fecisset si non in id stuprum cõsensisset aut in se committi approbasset. Imo vero reversa & interrogata, quid causæ esset, quod tamdiu, nempe ad dimidium horæ quadrantem, emãsisset, causã hãc ꝓtexuit quod reum excitare nõ potuisset, ut deponit testis 12. art. def. 47. & 48. & apud interrog. 6. arti. defens. 29. cũ qua cõcordat altera testis apud artic. defens. 28. interr. 6. art. 29. & apud arti. def. 47. & 48.

Accedit, quod ab eo tempore, quo stuprũ in ipsam admissum est nõ fuerit in ipsa animadversa ulla tristitia. sed sicut ante, ita & post illud sese in domo exhibuit, prout id affirmant testis rei 8. & utraq; ejus soror apud art. defens. 48. & 49.

Imo tantum abest ut tristem se exhibuerit & peccatum suum agnoverit, ut etiam tertia nocte post stuprum hoc secuta volens & libens reũ ad coitum admiserit, ut ipsa hinc inde in actis fatetur, & verosimile est sæpius cum ipsa volente reũ postea rem habuisse, ut ipse reus ẽt fatetur, quãvis actrix post primum stuprum se semel tantum iterum reum admisisse dicat. Præterea nec cuiquam hominum quidquã de stupro, nedũ de stupro violento sibi à reo illato cõquesta est, sed eo usq; tacuit, donec reus ad matrimoniũ legitimũ trãsire voluit, quod utiq; nõ fecisset, nec ẽt facere debuisset, si tantam pudicitiæ suæ rationẽ habere voluisset, quandoquidem si verũ erat quod matrimonii fidem reus ipsi dedisset facile intelligere poterat, etiãsi hoc stuprum violẽtũ parentib⁹ suis minimum aut aliis ẽt manifestaret, reũ nihilominus astrictũ fore ipsam in uxorẽ ducere.

135 At certi juris est, quod † dolus arguatur & præsumatur ex taciturnitate *l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædil. edicto, Innoc. & Dd. in c. cum dilecta. de rescript. Bal. & Salic. in l. eos. §. Apostolos. C. de appella. Jas. in leg. pacisci. ff. de pact. Corn. cons. 190. colum. 6. versic. tamen. in casu nostro. li. 2. Cravet. cons. 83. n. 3. & cons. 142. n. 20. & cons. 172. n. 5.*

136 Similiter † ex taciturnitate arguitur voluntas & approbatio ejus quod gestũ est, ut notant Dd. *in l. quæ dotis. ff. solut. matrim.* Felin, *in c. nonne de præsumpt.* Octav. Cacher. *decisio. Pedemont.* 132. *numero*, 10.

137 Et licet † tacere medium teneat inter consensum & dissensum *Dec. Cagnol. & alij in l. qui tacet. ff. de reg. jur. Dyn. c. is qui tacet. eod.* aliquando tamen ad alterum extremorum applicatur ex præsumpta voluntate tacentis, ut eleganter tradunt Cagnol. *ad dict. l. qui tacet* Aretin. *cons.* 161. *colum.* 7. quos refert & sequitur Jos. Ludov. *decis. Perus. 9. n.* 24. *part.* 1.

Qualisq; † animus fuerit præcedens declara- 138
tur satis ex actu subsequenti *arg. §. pavonum Inst. de rer. divis. l. sed Julianus. §. proinde. ff. ad Senatusc. Macedon. Dec. cons. 421. numer. 13. Cravet. cons. 77. num. 10. Gramma. cons. 22. n. 11. & cons. 13. n. 2.*

Ex eo vero, † quod falsam causam suæ emansi- 139
onis longioris allegavit, cum tamen esset alia, dolus actricis arguitur, *l. si quis affirmaverit. ff. de dolo malo. Bart. in l. procurator qui pro evictione. circa fin. ff. de procurat. Crav. cons. 2. n. 13.*

Eoq; minus ei credendum est, quod non solũ tum temporis falsum dixit, verum etiam in hoc ꝓcessu judiciali multipliciter variavit sibiq; cõtraria est, quorum nonnulla, quantum ad hunc punctũ pertinet, annotasse, sufficiet: Puta, in processu coram Senatu agitato in producto suo intitulato Probationschrifft dicit, quod cum rei parentes iverunt cubitũ, reus apud sorores suas in hypocausto fuerit: in articulo a. libelli sui Scabinis oblato affirmat, quod reus tum primum, cũ parentes ipsius cubitum venissent, ex suo cubiculo in hypocaustum inferius, ubi sorores ipsius erant descenderit.

In dicta Probationschrifft ponit quod reus vestimenta sua in eo hypocausto in præsentia sororum suarũ usq; ad indusiũ deposuerit: at in artic. suo positionali 10. ait, daß alß Beclagter in die stuben gelauffen kommen/er nur ein bloß hembdt angehabt habe. In arti. positionali 11. ponit quod in culina fuerit & negocia culinaria cum altera ancilla expedierit, iisq; expeditis in hypocaustũ venerit: & tamẽ q̃ ponuntur art. posit. 9. & 10. dicuntur facta esse, antequam in hypocaustum venerit. Oportet igitur ut aut finxerit ea q̃ cõtinẽtur arti. 9. & 10. aut mẽtita sit, ꝙ in culina fuerit.

In actis hinc inde dicit se jussu sororis noluisse solam descendere excitatum reum, quod sibi metueret ꝗa audiverit ante aliquot annos quẽdam sese in illis ædibus suspendisse: & tamen dicit in artic. suo posit. 11. Alß Beclagter mit jhr gezürnet seye sie auß der stuben auff die Stiegen gehen sitzen/vnnd gewartet biß die Tochter hinauff schlaffen giengen. Aut igitur falsum est quod sibi metuerit, & per consequens causam illam non prætexuit, aut si verum est quod sibi metuerit falsum est quod hypocasto egressa sola in scalis consederit expectatũ donec sorores rei irent cubitũ.

In principio art. posit. 12. dicit daß sie ihre kleider haben angefangen abzulegen/& mox ad finẽ ejusdem artic. daß sie ihre kleider fast alle habe abgelegt gehabt.

In dicta sua Probationschrifft affirmat quod ipsa in hypocausto jussa sit à sororib⁹ rei reo propinare vitrum cerevisiæ: in articulis Z. dixit fuisse poculum argenteum.

Et ejusmodi multa alia inter legendum acta occurrunt, quemadmodum etiam N. in rotulo ex parte rei producto apud art. def. 38. dicit, quod in tractatione hujus causæ sibi sæpenumero actrix contraria fuerit, tribus ad id confirmandũ exemplis allegatis, & meminit testis in eodem rotulo apud art. defens. 27. quod actrix fuerit à M. de ejusmodi contrarietatib. monita.

Qui autem semel mentitus fuit, præsumitur in eodem delicto permanere *vulg. c. semel. de regul. jur. in 6. cũ simi.* ac proinde in eo quod sibi vim illatam

latam esse dicit reliquisq; circumstantiis ea, quę à vero aliena sunt, dixisse pręsumitur, idq; eo magis statuendum est, quod testis 8. & ult. concorditer in his circumstantiis pro reo adversus actricem deponunt.

Nam testis 8. dicit art. defens. 28. verum esse addita ratione scientiæ: eundem artic. affirmat testis ultima & addit. daß reus in hosen vnd wâbst auff der Banck entschlaffen sey cum qua concordat ibidem testis decima & expressius apud interrog. 3. eiusdem arti. 28. nec quidquam hæ tres testes sciunt, imo negant quod actrix in priori processu. ex quo quædam apud interro. artic. 28. repetit & ex suo posit. 10. ponit, quod leviter se in hypocausto reus gesserit, quod reus actrici succensuerit & si quæ sunt eius farinæ alia posita interr. 5. 6. 7. usq; ad 14. Quod etiam reus dormiverit & non simulaverit somnum dicunt eædē tres testes apud dictum art. 28. & apud art. 29. quamvis actrix posuerit quod somnum simulaverit, quod probandum ipsi fuerat.

Quod actrix dicit se sedisse in scalis, id negant dictæ tres testes apud interr. 2. art. 29. quod dicit se verberibus coactam descendisse, id negant dictæ tres testes apud interr. 1. & 5. art. 29.

Quod dicit actrix se petiisse sibi adiungi comitem in descendendo alteram ancillam, id negant tres illæ testes apud interr. 3. d. art. 29.

Quod dicit se post stuprum commissum remansisse in hypocausto ad aliquot horas: id negat utraq; soror apud interr. 6 & 7. art. 29. siquidem actrix duntaxat ad dimidium quadrantis aut ad summum ad quadrantem horæ emanserit & ipsæ cum rediit adhuc vigilaverint.

Cū igitur actrix has suas affirmationes omnes probare debuerit, *per jura vulgata* nec tamen pro-
140 baverit, negatio † ei eo ipso satis probata esse intelligitur, quod ex adverso contrarium demonstrari non potuit, *l. 1. C. de proba. gl. in l. 2. Cod. de jure Emphyt. Ripa in l. ex facto. §. si quis rogatus. num. 7. ff. ad S.C. Treb. Lanfr in c. quoniā contra. n. 14 de probat. Bal. cons. 79. li. 2. Hercul de proba. negat. nu. 80.* eamq; ob causam magis reo est credendum quod cum de jure contrarium probare non debuerit, *l. actor. C. de proba. d. c. quoniā contra cū simil.* nihilominus id ex superfluo probaverit, & quidem negativam, quæ magis quā affirmativa probare dicitur *gl. in l. hoc genus. ff. de cond. & demōst. quā ad hoc notat Castr. cons. 170 in fin.* His accedit quod actrix in vita & moribus suis sese & G. dum ibi fuit & aliis in locis satis immodestam gesserit: & quidem, quod se G. ita gesserit deponit ex parte rei producta testis 8. & utraq; rei soror apud art. def. 9. & 12. Et q̄ superbius se gesserit capillos suos crispādo & alia majora dicunt eædem tres testes, quibus consentit testis 11. apud art. defens. 10. & 11. & quod rei patrem de eo conquerentem ipse audiverit dicit testis 3. apud art. defens. 12. quibus accedunt, quę deponit dictus test. 11. apud art. defens. 14. 20. 21. & 22. & utraq; soror rei apud d. art. 14. & altera ex iis apud art. 13. De vita ēt actricis anteacta eiusque moribus antequā G. pervenit, & posteaquā inde recessit, satis cōstat ex attestationibus à reo productis, quod levis fuerit & immodesta. Quod enim parentibus suis fuerit inobediens deponit test. 1. apud declar. artic. articuli defens. 2. idem q; matrem actricis de ipsa sua filia cōquestā esse dicit testis 3. testis 8. apud artic. defens. 2. eiusq; interr. 1. item testis 4. apud art. def. 27. & testis 9. apud art. def. 26. quib. omnibus, accedit apud art. def. 24. affirmans se eā querelam & ex patre & ex matre actricis audivisse. In specie a. de filiæ huius suæ actricis inobedientia, quod à parētib. suis discesserit, & contra eorum voluntatem cum cuiusdam tabellarii uxore habitaverit, deponit testis 3 9. & 10. apud art. def. 26. item testis 8. apud declaratorialem artic. 2. & clarius apud dictū defen. 26. qui ēt ex quotidiana conversatione & vicinia apud X. dicit, sese vidisse, quod actrix parentibus suis inobediens fuerit: & quod superba fuerit mente sua, voce, incessu, vestimentis & ornamentis elegantioribus, quam status ipsius ferret, dicit testis 1. apud art. decl. art. 2. & apud art. defens. 24. eiusdemq; art. c. interr. 1. & 2. Item testis 2. apud interro. gener. 14. Item testis 3. testis 5. testis 8. apud art. def. 27. & testis 11. apud eundē arti. 27. cū quo consentit test. 10. apud def. 2. & quod actrix cythara ludere didicerit, atq; ēt luserit, atque ita rei conditionem & statū muliebrem nō admodum decenti operam dederit, dicit testes 3. apud decla. art. 2. qui ēt addit, quod id præter & contra suorum parentum voluntatem fecerit, ut ipsius matrem ea de re conquesti audiverit: Item testis 6. apud declar. artic. 26. affirmat, quod ipse magister, à quo cythara ludere didicisset & apud quē plures adolescētes idē didicissent, id sibi dixisset, cū quib. cōcordat testis 8. apud art. def. 24. & testis 7. apud declar. art. 20. Ejusmodi a. personæ, cuj usmodi si actrix ex attestationib. est depicta, nō est verosimile vim fuisse illatā, sed verosimile potius est quod sine violentia reū ad coitū suū admiserit. Nā † de prçterito præsumitur in pręsens. 141
Et sicut, q semel bonis morib. præditus fuit præsumitur adhuc esse, *secundū jura vulgata*, ita pręsumitur quis † perseverare in malo, in quo fuit irre- 142
titus, per ea q̄ supra cap. 2. allegata sunt, qa quilibet in eo statu & conditione māsisse intelligitur, in quo antea fuit *l. si cui. §. iudē. ff de accus. l. nō omnes. §. à barbaris. ff. de re mil. cū simil.* Similiter † ex præsē- 143
ti in præteritū præsumitur, & ex cōsequenti vitæ genere colligitur cōditio vitę anteactæ, *l. si hi qui. & ibi Bal. C. ad leg. Jul. de adul.* & ex actu subsequēti arguitur præteritus, ut dicit Alex. *cons. 15. in fine vol. 3.* Unde, qui † nunc non est solvendo præsu- 144
mitur antea quoq; solvere nō potuisse *l. ex persona, ubi Dd. C. de proba.* & qui nūc est hereticus, pręsumitur ēt antea hæreticus fuisse, *Alber. de Rosate. in l. eum qui bona. ff. de jure fisci.* Quemadmodū † etiā 145
ex præterito præsumitur circa pręteritū *l. quicūq. C. de apoch publ. li. 10. Panorm in c. literis. col. 2. de præsumpt. Dd. in l. cū de in rē verso. ff. de usur. Specul. in ti. de præsumpt. vers. sed pone.* Certi a. iuris est, quod † qua- 146
lem habitus & vestitus quem indicat, talis ēt quis esse præsumitur, *l. itē apud Labeonē. §. si quis virgines. ff. de injur. Bal. in l non ignorat. n. 3. C. de his qui accus. nō poss. l. celicolarū C. de judeis. Specul. in ti. de advoc. §. sequitur. Joh. Cirier. de primogen. li. 2. q. 3. n. 21. Alexan. cons. 151. col. penul. vol. 5.* Et à nimio cultus & ornatus studio sæpissime impudicitiæ conjecturam sumi, dicit multisq; exemplis confirmat Petrus Roicius *decis. Lithuan 3. n. 44. & seqq.*

Acce-

Accedit his omnibus, quod actrix reo annulum donaverit & quidem instinctu matris suę, ut ipsa fatetur, ideoq; suspicio est, voluisse & actricē & ipsius matrem reum, ut qui esset dives & pecuniosus in suam nassam pellicere, unde se postea extricare non posset. Nam ut sine causa aliqua
147 donaverit, non est verosimile, cum † in muliere donatio non præsumatur, *Barbat. cons. 16. colu. ult. lib. 1. Bertr. cons. 141. lib. 1. cum infinitis alias allegatis ab Andr. Tiraquell. de leg. connubial. §. 9. numer. 44.* quip-
148 pe quod † mulierum genus sit avarissimum. *gl. in l. Nesennius, in verb. ex contrario. ff. de negot. gest. & in l. sed si ego, in fine. ff. ad Senatus. Vellei. Anchar. in c. indemnitatibus not. 4. de elect. in 6. & complures alij quos cumulavit Petr. Roicius decis. Lituan. 3. num. 538. versic. esse quippe.*

149 Et generale sit donationem † nunquam pręsumi *per alleg. à Menoch. lib. 2. de arbitr. jud. quæst. casu*
150 88. adeo, ut † ubi alia sumi potest interpretatio & conjectura, quam donationis illa semper sumatur, *l. eleganter. §. qui reprobos. ff. de pignor. act. l. si cū aurum. ff. de solut. Bald. in l. generaliter. Cod. de non numer. pec.*

Etsi vero alibi dixerit actrix, quod reus eum annulum sibi eripuerit invitæ, contrarium tamē dixit in sępe dicta scriptura sub numer. 7. producta, nempe quod ipsa annulum reo donaverit, & quidem instinctu matris suæ.

Neq; tanti momenti sunt ea quæ ad elevandam hujus scripturæ fidem ab actrice afferuntur ut eversam esse censendum sit. Nam quod dicit, omnia, quæ in tractatione illa coram quatuor illis viris, qui nomina sua illi scripturæ subscripserunt, dicta sunt & præsertim ex sua parte, non esse consignata & descripta ac proinde fidem non facere, *per not. in l. Lucius. col. 2. ff. de his qui not. infam. Innoc. in c. cū dilecti. de accu. & notata in l. presbyteri. C. de Episc. & cler.* id tamen negatur à reo, & tamdiu pro scriptura illa præsumitur, quandiu ex adverso contrarium non docetur, præsertim cum ipsa actrix quatuor illos viros in articulo suo positionali 15. dixerit esse testes fide dignos, ac pinde suo ipsius judicio dictis & scriptis eorū standum est, donec probetur aliquid dictum vel scriptum cui fides adhibenda non sit.

Quin etiam ipsa actrix sępissime sese refert ad hanc scripturam, & ut ex capite secundo supra apparet ex ea reū convincere ut confessum summo labore nititur.

Nec verosimile est quidquam in ea scriptura omissum esse, cum ipsius actricis amicus & affinis, isq; idem ab ipsa in testem productus negotio illi interfuerit, & scripturam illam manu sua subscripserit, quod utiq; non fecisset, nisi illa omnia, ut in ea scriptura continetur, acta fuissent, aut quidquam, quod è re actricis esse potuisset, omissum fuisset: & licet is apud interrog. spec. 4. dicat, daß er gesagt hette es were nicht alles darinnen was geredt worden/ non tamen propterea id nunc affirmat, daß nicht alles darinnen sey. Ut a. maxime dixisset omissum quid esse, cum tamen in specie nō indicaverit, quid esset omissum, neque etiam actrix super ea re testem interrogari fecerit, depositio nullius esset momenti & suspicio est actricem data opera non curasse testem hāc ea de re interrogari, quod à se sine causa scripturam illam impugnari sciret.

Et licet in specie etiam alicujus mentionem fecisset, quod omissum esset, testimonium tamē illud non valeret, non tantum, ob id quod esset unicus & singularis verum etiam quod juris sit, ut † testis, qui se subscripsit alicui instrumento, 151
non possit contra illud testificari, nisi probet se deceptum ad subscribendum, quod tamen hic testis non dicit, & ut dixisset, non probavit, *Bart. in l. 2. §. si quis neget. col. 4. vers. quæro quid si instrum. ff. quemadm. testamen. aper. Bald. in l. fin. oppos. 5. Codic. de edicto D. Adriani toll. & in l. fin. not. 2. Cod. de rebus credit. Alexand. consil. 150. volum. 2. quos refert & sequitur. Anton. Capitius decis. Neapol. 192. numer. 5.* Imo, quando quis † semel subscripsit, ea subscriptio 152
præfertur depositioni contrariæ etiam iuratæ & judicialiter factæ, ut idem Capic. tradit. *d. dec. 192. n. penul.* allegans ad hoc Aret. *in c. per tuas. de probat.* Imol. *in c. cum causam. de testib.* Felin. *in c. cum in tua. col. ult. eod.*

Quod etiam actrix ex eo fundamento hanc scripturam impugnare conatur, quod facta sit ad ad interpellationē patris rei, in eo meminisse debuerat & quod quatuor illos viros pro fide dignis habuerit & quod scriptura sub nomine quatuor ministrorum Ecclesiæ producta & n. 3. notata, qua tamen ipsa maxime nititur ex eodē fundamento à reo rejici possit. siquidem in fine illius scripturæ modo dicti quatuor ministri subjiciunt daß sie vmb kundschafft mitzutheilen von d' armē Person (videlicet der Clägerin) herzlich gebetten seyen/ ut in confutatione illius scripturæ infra latius deducetur.

Porro constat ex depositione testium ex parte rei producta actricem subornasse quandam M. filiam, quę rumorem de reo spargeret, quod cū ipsa M. rem habuerit, & promisisse ipsi ut id spargeret vestem muliebrem: quemadmodum etiā ad eam subornationem dicta M. illum rumorem sparsit: sed ut ex ipsius M. depositione & aliorum testium patet, falso.

Itaq; mirum non est, quod actrix in articulis suis F. solā, quæ quod mortua sit, amplius sese defendere nequit allegaverit, hanc autē M. nunc tacuerit, quippe quam sciret sese satis esse defensuram & medium allaturam si interrogata fuisset cujus instinctu eiusmodi rumorem sparsisset: unde iterum verosimile, imo certum est, actricē voluisse reum gravare, ut ipse omnino & quidē etiam ratione violenti stupri nocens haberetur.

Voluntatem † autem hominis recte à verosi- 153
mili declarari *est text. in l. non est verosimile. ff. de eo quod met. causa. & c. l. cum res legata. ff. de lega. 1.* & qui arguit à verosimili arguit à ratione naturali, cum verosimilitudo † sit cognata naturæ, *Bal. cons. 180.* 154
num. 3. volum. 3. & pro lege habetur, ut est dictum singulare Oldradi *cons. 13.* quos refert & sequitur Cravet. *cons. 292. num. 6.* inde inferens: Eum qui habet verosimile pro se, habere casum legis *arg. l. semper in stipulat. ff. de regul. jur. gloss. in l. tale pactum. §. fin. ubi communiter. Dd. ff. de pact. idem Cravet. cons. 85. num. 24. & cons. 135. num. 33. latissime Nicol. Euerhard in topicis legalibus in loco à verosimili & Tiraquel. in præf. l. si unquam. num. 37. & seq. C. de revocand. donat. Neviz. cons. 65. n. 55.* Unde cōmuniter placuit verosimilitudinem † in probationibus quam 155
maxime esse attendendam *per tex. in l. confessionib. ff. de in-*

ff. de interrog. act. Bal. in l. scriptura. n. 3. C. de fide instru. Curt jun. cons. 202. n. 13. & cons. 241. n. 16. vol. 3. Castr. cons. 114. dub. 5. vol. 2. Jas. in l. admonendi col. 17. versic. quarto fallit, lect. 1. ff. de jurejur. & judicis assertioni creditur quando est verosimilis, licet alias ei non crederetur *Anchar. cons. 277. col. fi.* Hęc v. omnia eo sunt certiora, quod actrix cõtra quorundã testiũ ex parte rei productorũ personas nihil excepit puta contra 3 4. 5. 6. 7. 9. 10. in primo, & contra 4. 5. 6. 11. 12. 13. 14. & 17. in altero, qui partim de furto actricis deponũt partim ut 5. 11. & 17. de superbia actricis, partim de querela parẽtũ super ipsi⁹ inobedientia ut 4. ac proinde ipsorũ dicta etsi in genere illius contradixerit approbasse censetur, *secundum Bal. in d. l. in bonæ fidei, vers. sed dubit. de uno. Jas. in repetit. l. admonendi, n. 176. ff. de jurejur.*

Non obstat, quod in genere, inprimis autem contra X. excepit, quod instructi & subornati ad testimonium ferẽdum accesserint, quia quo negocio id ab actrice dicitur eodem à reo negatur, cui astipulantur testes ad unum omnes apud interrog. gener. 5. ubi medio juramento se instructos aut subornatos esse negant. Deinde quod actrix X. opponit quod anteq̃ ad hoc examen venerint, in eadem causa X. testimoniũ dixerint, ut pletiq; affirmant apud interrog. gen. 13. primum tamen attendendum est 3. 6. 7. & 16. & omnes testes alios ante auditos non esse, ut dicũt ipsi apud dict. interr. 13. ut ea ratione secundum argumentationem actricis à contrario sensu vel illos saltẽ, ut suspectos ex hoc capite repulsare nõ possit.

Meminisse vero etiam hic debuerat actrix, ad suam supplicationem se impetrasse, & quidem prius, ut à Consule X. ipsius nomine testes quidã audirentur, ut apud dictum, interr. 13. dicit testis 1. 10. 11. & 13. ideoq; non debuisse ipsam in alio improbare, quod in se probatum voluerit. Et fuisse, eorum depositiones super multis aliis punctis, quam quæ in hoc processu sunt deducta, eorundem auditorum testium depositio apud interr. gener. 14. satis arguit.

Quin etiam causa non fuit eadem, sed alia & inter alias personas, à reo, ejus parentibus & sororibus ob gravissimas sibi ab actrice injurias illatas.

Non etiam obest, quod in directorio articulis quibusdã additæ fuerint declarationes, quas actrix non viderit, tum quia non sunt extra articulorum illorum contenta sed faciunt ad specialem declarationem facti in genere propositi, *secundum decis. Capellæ Tholos. 202. in additione:* tum quod judex ad commissarium articulos cum declarationibus mittendo, & Commissarius super his etiam testes audiendo & examinando, declarationes admissæ sint, nec propterea actrici earũ copiam communicare necesse fuerit.

Exceptiones autem, quæ in specie quibusdam testibus objiciuntur, ejusmodi sunt, ut vel non sint probatæ, vel ut maxime probatæ essent, non tamen relevent: & quamvis ex actis eæ non sint obscuræ, tamen quoniam animadvertimus judicem prioris instantiæ illas exceptiones pro relevantibus habuisse, iisq; ut ita quemadmodum ab initio supra est positum sententiarent, institisse, sigillatim de iis dispiciendum est. T. B. ejusq; filię
156 obstare videtur paupertas † quam fatentur apud
interr. gener. 1. quę fidem testis minuat, *l. 3 ff. de testib.* Nam ut Euripidis Orestes ait *in Electra.* Hoc habet vitiũ paupertas, quod docet homines sua indigentia malum: Et apud inter. gen. 9. dicit T. quod interdum fuerit patris actoris conviva, & ipsius filia dicit ibidem, quod cum ipsa fratrem habuisset ægrotum, in ædibus dicti patris interdum vinum petiisset.

Verum sola † paupertas à testimonio ferendo 157
quem nõ repellit, modo testis persona sit honesta, qualem utramq; hanc personam esse de jure præsumitur, quando contrarium probatum non est, *Cyn. in l. 3. quæst. 7. C. de reb. cred. Jason. in l. fidejussor. ff. qui satisd. cog. Mars. in l. 1. §. ad quæstio. & in l. ex libero. ff. de quæst. Alex. cons. 61. in fin. vol. 1. & cons. 237. nu. 2. & seq. vol. 6. Fr. Aret. cons. 13. col. 10. Ruin. cons. 158. n. 27. vol. 5. Specu. in tit. de teste. §. 1. vers. Item quod est pauper.* Didac. Couvarr. *lib. 2. Var. Resol. c. 6. n. 8. Menoch. lib. 2. de arbitr. judic. quæst. casu. 65. n. 12.* atq; † ut 158
paupertas quem repellat, id totum est in arbitrio judicis ut viri boni *l. 3. §. tu magis. ff. de testib. ubi glos. Joh. Andr. & Imol. in c. si qui testium. de testib. Crot. in tract. de test. nu. 24.* At judex hic non arbitraretur hos esse repellẽdos, quia in facto super quo sunt examinati plures habent contestes, contra quos actrix nihil excepit, neq; etiam quidquam contra eorum dicta.

Neq; impedit, quod M. testis 2. aliud extra judicium dixit, nempe dicendo secum reum habuisse rem, quia id postmodum cum de eo interrogata fuit coram viris honestis negavit, & quidem cum execratione sui atq; iterato: Imo v. postea in judicio mediante suo juramento audita confessa est, quod ad subornationẽ actricis id falso de reo
sparserit, cui † secundæ & quidem iteratæ atque 159
geminatæ & in judicio & extra judiciũ factæ assertioni sub juramento plus est credendũ quam primæ extra judicium factæ *gl. in c. cum causam. de testib. & ibi* Joh. *Andrea dicit Canonistas fere omnes cõtra Bartol. tenere, secundum eã glossam quã secuti sunt Bal. in l. nullum. in princ. C. de testib. & cons. 168. vol. 5. Ioh. de Anania in c. Inquisitionis. § 3. de accusat. Rom. in l. qui bona. §. si quis stipulatus. ff. de damno inf. & cons. 405. Saly. in auth si dicat. C. de testib. Crotus in l. filiusf. §. Divi. n. 161. in fine. ff. de lega. 1. Andr. Gail. li. 1. Obser. Pract. 104. n. 8. Capell. Tholos. q. 281. in addit. n. 2.*

Et quod communis sit opinio, si testis aliquid dixit extra judicium & productus judicialiter in testem contrarium deposuit, ut secundæ assertioni judiciali standũ sit attestatur Alex. *cons. 74. & cons. 221. col. 2. vol. 2. & cons. 81. n. 20. vol. 3. & cons. 154 n. 11. vol. 5.* Cravet. *cons. 6. col. 4.* Guido Papa *decis. Grationop. 593.* Mynsing. *Centur. 6. observ.* 14.

In tantum autem iudicialis assertio præfertur
extraiudiciali, ut si † testis post iuratam depositio- 160
nem iudicialem, extraiudicialiter contrarium asserat, nihilominus prior illa præferenda sit posteriori, etiamsi posterior in mortis articulo facta sit, *Felin. in c. sicut nobis. n. 1. de testib. Dd. in c. per tuas. de proba. Alex. cons. 124. nu. 6. vol. 6. Gail. d. obser. 104. n. 7.*

Etsi v. T. interdum ad mensam patris rei adhibitus fuerit, & filia ipsius vinũ in domo eius petierit, propterea tamen nõ sunt putandi suspecti
quia † eiusmodi testes nusquã leguntur esse pro- 161
hibiti; ideoq; nisi aliud obstet, ut hoc casu nihil

obstat pro idoneis sunt habēdi *Feli. in c. testimoniū. n. 12. de testib. Pet. Rebuf. in pr. tract. de Salvat. & repro. testiū Soc. jun. cons. 32. n. 31. & cons. 61. n. 14. li. 2. Meno. de arbitr. jud. quæst. lib. 1. q. 27. n. [illegible]um simil.* imo lite hac inter actricem & reum pendente nihil eius factum est ut ex depositionibus clarum est, ideoque & horum testium qualitas non ex tēpore anteriori sed ex tempore iuramenti & depositionis æstimanda est *per gl. vulg. in l. 3. §. dua autem. ff. de Carbo. edicto. & latissime Alex. cons. 149. col. 2. vol. 5.*

Cæterum opponitur ex parte actricis in genere contra utranq; rei sororem, D. & W. ancillam
162 quod sint domestici, quorum † testimonium nō solum de iure communi reprobetur, *c. in literis de testib. l. penult. ff. eod. l. 3. C. eod. l. 1. §. ad quæstionem. ff. de quæst.* verum etiā ex reformatione reipubl. G.

Sed respondetur, quod tempore testimonii ferendi utraq; rei soror, & D. domestici amplius non fuerint, quandoquidē ex actis constat, quod utraq; rei soror fuerint in matrimonio & quidē locis G. longe dissitis, una C. altera H. neq; ab actrice negari possit quod etiam D. uxorem ha-
163 beat & familiam propriam. Domestici † vero dicuntur illi qui vivunt ad unum panem & vinum, *§. cogitandum. Auth. de Monach. & not. in c. fin. de verb. sign. in 6. Iob fab. in §. in testib. Instit. de testam. ordin. Capella Tholos. q. 4. ubi Steph. Aufrer. in addit. n. 5.*

164 Et quod † fœmina extra familiam nupta non sit amplius in familia patris sui, sed mariti sui cui nupsit *est text. in l. quicunq;. Cod. de re milit. libr. 12. c. hac imago. 33. q. 5 gloss. & Bald. in l. etiam. colum. fin. Cod. de testib. Bartol. in l. quoties, circa med. versic. nota sing. Cod. de privileg. Schol. lib. 12. Anchar. cons. 152. colum. 2. & 3. Curt. sen. cons. 40. colum. 4. & 5. Ruin. cons. 141. lib. 3. Grat. cons. 67. & 68. libr. 2. Goz ad. cons. 34. n. 15. & cons. 79. n. 7. Alciat. resp. 126. nume. 13. Socin jun. cons. 168. numer. 59. lib. 2. Hipp. Riminald. cons. 185. n. 3. li. 1. Corset sing. 240.*

165 At † qui domestici fuerunt, si tempore ferendi testimonii amplius domestici non sint ad probandum admittuntur & plene probant *Bart. Bal. Cyn. & Salycet. in d. l. etiā. Specul. de teste. §. 1. vers. quid olim. Felin. in c. in literis numer. 7. de testib. Angel. in §. Pater. nume. 9. vers. quod si tempore. Instit. de testamen. Ioan. Fab. & Port. in §. in testib. Instit. eod. Hyppolit. in l. etiamsi, vers. ulterius hac lex. ff. de quæst. Tiraquell. in reg. cessante causa part. 1. n. 101.*

Et in specie de eo qui quondam fuit famulus nunc autem amplius non est, quod pro Domino in causa matrimoniali testificari possit tradit *Jac. Leonissa inter cons. matrim. cons. 49. n. 50. tom. 1.*

Posito a. non tamen concesso quod quatuor illi testes tempore ferendi testimonii omnes adhuc domestici fuerint, tamen ne sic quidem re-
166 pelli poterunt. Nam quod † domestici testimonium reprobatur, id Doctores communiter intelligunt de domesticis vilibus & levibus non etiam de honestis. *Innocent. Ant. de Butr. & Imol. in d. c. in literis, quos ibi refert Felin. num. 4. Alberic. in tract. de testib. §. superest. n. 13. Port. in §. in testibus versic. secundo limitatur, Instit. de testament. Gozadin. cons. 94. n. 32. vers. omitto Ruin. cons. 54. n. 6. vers. Nam multi ex testib. vol. 4.* Agitur v. etiam hic pro innocentia
167 rei quo † casu domesticum à testimonio non repelli, tenet *Hippol. sing. 59. incip. innocentibus. & in l. 1. §. si quis ultro. col. 2. ff. de quæst. Bal. in l. parentes. C. de testib. Bursat. cons. 65. n. 21. vol. 1. Wesemb. cons. 19. n. 40. Diaz. regul. 746. vers. 8. limit. Anton. Gab. post multos alios à se allegatos commu. conclus. li. 1. de testib. conclus. 10. num. 42. vers. contrarium.* Et traditum est quod licet alias duo domestici non admittantur tamē tres sufficerent quia † numerus supplet de- 168
fectum qualitatis, multo magis igitur quatuor, ut in hoc nostro casu posito q̄ essent domestici, *Alex cons. 5. col. pen. vers. Secundo respondeo. vol. 1. qui refert Nicol. de Neap. in l. excusantur. in princ. ff. de excusat. tutor.*

Neq; ullum salarium habet D. à patre rei ut ipse dicit apud interr. gen. 8. ut etiāsi domesticus esset nihilominus testis esset idoneus, † siquidem 169
famulus domesticus si salarium non habet probare dicitur. *Hippol. in d. §. item Mummio. col. pen. in fine. & sing. 5. incip. regula est. Spec. de teste. §. 1. vers. sed de quo mercenarius. Henr. Boic. in c. in literis vers. circa hoc tamen. de testib. Ant. Gabri. d. tit. de testib. conclus. 10. n. 5. Diaz. d. reg. 746. vers. tertio limita.*

Quibus omnib. accedit quod plurimi articuli ad elidendam prætensam vim à reo positi sunt, super quibus testes illi quatuor auditi sunt, utpote qui per alios quam domesticos habita ratione temporis nocturni probari non potuerunt. Est autē iuris certi, quod † si agatur de pbatione rei, 170
quę per alios quā per domesticos sciri nō potest, domesticorum testimonium admittatur. *Fel. in d. c. in literis. Ias. in l. sed etsi quis. in prin. col. 1. ff. si quis. cautio. Affli. decis. Neap. 304. n. 10. Ang. in l. sciēdū. vers. simile dicimus. ff. de usur. Zas. cons. 2. n. 27. vers. ad propositū vol. 2. Gabr. d. conclu. 10. n. 33. Paris de puteo, in tract. suo de Syndi. §. testis* ubi dicit quod in iis quæ de nocte gesta sunt, quemadmodū hoc præsenti casu, domesticus & familiaris testis esse possit: Atmo Crav. *in tract. de antiq. tēp. parte 1. §. ult. n. 15.* ubi subdit quod in talibus domestici præferātur aliis tanquā melius scientes veritatem *per l. quoties. ubi Bar. C. de naufr. li. 11. Aret. cons. 13. col. 8. vers. venio nūc ad quintū.* Quod a. ad artic. rei qui positi sunt sup immodestia actricis domestica attinet, etsi alii testes, q̄ hi quatuor de ea nihil deponāt, attendendum tamen est quod plurimi in genere de ea deponunt, & nonnulli in specie quod reo ad exceptionem suā de immodestia actricis probandam sufficit. Nā ut ponatur maxime testes illos quatuor propter domesticitatē non satis idoneos, is tamen † defectus suppletur ex numero testiū ad 171
eundem finem licet per diversa media tendentiū *gl. in l. 3. §. 1. ff. de testib. Barto. in d. l. excusantur. col. 2. Salic. in l. ea quidē. col. antepen. C. de accus. Ias. in Auth. si vero, col. 1. C. de jud. Imol. in l. qui testamēto. in pr. ff. qui testa. facere possunt. Alex. cons. 47. col. 1. vol. 2. & cons. 149. col. 2. vol. 5. Dec. cons. 163. col. pen. Ang. cons. 1. col. 1. in fine Curt. Sen. cons. 56. col. 3. in princ. Socin. Sen. cons. 194. colum. 3. Socin. jun. cons. 146. colum. 3. Ruin. consil. 92. colum. 2. volum. 4.* Cum alias etiam † di- 172
ctum testis minus idonei convalidetur per contestes fide dignos *Bald. in l. Gallus. §. ille casus. ff. de liber. & post Salyc. in l. in bona fidei. col. 8. C. de reb. cred. Rom. cons. 290. Alex. cons. 56. colum. fin. volum. 2. Bertrand. cons. 212. colum. 4. volum. 1. Paris. cons. 120. vol. 1. Curt. in tract. de testi. con. lu. 1.* adeo, ut † testem u- 173
num valde dignū & aliū testem infamem plene probare notaverit, *Bal. & Ang. in d. l. si quis ex argē. §. 1.* ut refert. *Hippol.* plura allegans *in l. de minore.*

§. tor-

§.tormenta.col.3.in prin.ff. de quaest.& hanc sententiam commendat Jas.*in repet.l.Cunctos populos. col. 3.C.de summa Trinit & fide Cathol.Roll. à Valle cons. 19.n 9.volu 3.* idq; eo fortius urget in hoc nostro casu, quod unus ex testibus actricis apud interr. spec.17.dicit, Es sey wol von der Clägerin geredt
174 worden/nempe ut interr.illo quaeritur:quia† hic solus contra producentem probat *Rom.cons.*104. *ad fin.Jas.in rubr.ff.de jurejur.col.fin.& cons.*57.*col.*4. *vol.*1 *Cravet.cons.*201.*n.*7.

175 Jam† si unus testis de veritate deponens & duo de fama plenam probationem faciunt, sicut faciunt, ut Dd.commun.tenent *in dict.l.admonendi.* Bart.*in l.* 1.*§.idem Cornelio ad fin.ff.de quaestio.*Card. Zabar.*in c.quod nobis.de Clandest.despons.* Panorm. *in c.venēns el.*1.*de testib.& in c.*1.*de appell.*multo magis quatuor illi testes, ut maxime essent adhuc domestici, majorem haberent vim quā testis unus non domesticus,& unum testem contra producentem suum attestantem fortius asseverare quam duo testes partis adversae facturi essent, notissimum est. Quare etiamsi adhuc domestica fuerit ancilla, nihil id depositioni ejus oberit, ex iis quae huc usq; dicta sunt, praesertim cum in specie
176 traditum† sit, famulos si honestatem vitae contineant, sicut haec ancilla, utpote de qua nihil inhonesti ab actrice objectum fuit, nec ex actis animadverti potest, fidem facere & admitti etiam in causa matrimoniali, *Ant. de Scala inter cons. matri. consil*.57.*numer.*3 *tom.*1.*allegans Bart.in dict.cap.in literis.* Bald.*in l* 2.*C.eod.Roman.cons.*320.& dicit ibi Ant.de Scala imperitis procuratorib. prima facie videri quod famuli sint inhabiles.

Atque hinc etiam quod ancilla est honesta, paupertas non facit quo minus testimonium ejus sit recipiendum, juxta ea quae superius de paupertate ex jure sunt adducta.

Nunc vero ad speciem devenjendo utriq; sorori objicitur quod in hac causa sint interessentes, earumq; commodum & incommodum, laus & vituperium in ea versetur, habeantque propterea ad eam affectionem, ut† inde ipsis creden-
177 dum non sit *per l nullus.ff.de testib l. omnib. Cod. eod. Bart.in l.Lucius.circa fin.vers.dico quod non. ff. de fidejus.& in l.deferre.§.iidem decreverunt, vers.si vero ad eū spectat comm. ff.de jure fisci.*Jas.*in l. si duo patroni. §. idem Julian colum.*4.*vers.accedat quia nec test ff.de jurejur.& in l. Senium.Cod.qui testamen.fac. poss. & not.in c.nihil sane.versic Clerici, & ibi Innoc. de arbitr. Specula.de teste.§ primo.versic.sed pone quod administr. Decius cons* 94 *numer* 2.*Grammat.consil.* 59. *numer,* 5.*& decis.Neapol.*73.*numer,*18 & in casu matrimonii, quod testi ad causam affectionem habenti credendum non sit dicit Abb. *in c.videtur, qui matrimon.accus.possunt.*quem allegant inter consilia matrimo. Brunel.*cons.*74.*n.*5. Rubeus *cons.* 73. *n.*6.& Leonilla *cons.*49.*n.*23 *tom.* 1.

Verum negatur aliquod commodum vel incommodum, laudem vel vituperium ex hac causa ad utranq; rei sororem proficisci, siquidem nō hac causa ante egerunt sed corā officiali Z.actum fuit ex lege diffamari ob injurias, quibus affectae erant atrocissimas,& sciant sorores sicut nulla ipsis laus exoritur si reus absolvatur, ita nec vituperium aliquod ipsas manere si condemnetur.

Sed ut maxime interessentes essent, id tamen non fieret immediate, ut sic locum habeat quod dicitur. Cum † non immediate tractatur de ali- 178
cuius praejudicio, sed mediate, vel per indirectū nō propterea irritatur ejus testimoniū, notat Felin.*in c.insuper.in fine de testib.* post Bald.& Johan. Andr.per eum allegatos, Dec.*cons.*342.*n.*3.ubi dicit, quod testis non repellitur pro cōmodo, quod venit in consequentiam, fac.text *in §.legatariu.Instit.de testam.*& not.per Jas.*in l si quis nec causam. ff. si cert.petat.& in l.quoties in fine.Cod.de judic.& in l. dictantibus co'um.*2.*versic.ex ista.Cod.de testamen.*

Praeterea, quod † testis in causa, in qua ejus 179
commodum versatur, deponere possit, modo protestatione utatur, quod ex tali depositione nolit se juvare, quemadmodum utraq; soror in nostro casu fecit apud interrog.gener.10.dicunt Bald.*in d.l.dictantibus.*Thom.Ferrar.*caut.*40.Dec. *d.cons.*342.*num.*4 Cravet.*cons.*73.*num.* 29. qui ad hoc allegat.Bal. Alex.& multos alios.

Cumque earum depositiones concordent cū depositione testis 8 & 10.& teste ipsius actricis 1. apud interr, spec. 17. aliorumq; tanto minus ex affectione aliqua locutę esse intelliguntur, secundum ea quae notat Jas.*in l.si eman.ipati.num.*15.*C. de collation.& in d. leg si quis ex argentariu.§.cogetur num.*2.*&* 6.ibidemque Bald. quem refert & sequuntur Cotta.*in memoral. verb. testis unius.& in verb.legalitas.*Neviz *cons.*26 *num.*40.

Quod † tandem soror pro fratre testimonium 180
ferre possit est *gloss.in c.parentes.*4.*q.*3.*& c.*1.3.*quaest.* 5 *Bald.in l.parentes numer.*3.*C.de testib Duen.reg.*381. *incip.frater pro fratre.*praesertim si simul non habitent, ut nostro casu. *Bald.in dict.l.parentes per l. si ut allegas.C.de Castrensi pec.idem in l.*1.*num.*8.*C. de sacr. eccles.*Et quamvis dicatur in † causa magna & 181
gravi, qualis est praesens, non admitti testimoniū fratris, *Dd.in d.l.parentes,& in dict.cap.in literis. Feli. in c.cum oporteat.num* 3.*vers.fallit sexto.de accusat.gl. in c.consanguinei* 3 *quaest.*5.*Specul.de teste.§.*1.*vers.sed nunquid frater.*testimonium tamen ejus † pro in- 182
nocentia & defensione fratris recipi tradunt Felin.*in c.literas numer.*15.*de praesumpt.& in dict.cap. cū oporteat.numer.*3 Bald.*in dict.leg. parentes numer.* 4. Dec.*consil.*454.*numer.*8.*& consil.*469.*num.*7. Cravet.*cons.* 119.*numer.*9.Roland.à Valle *cons.*7.*n.*15. *lib.*1.Menoch.*lib.*2 *de arbit.jud.quaest.casu*104 *n.*6.

Non etiam obstat quod utrique rei sorori objicitur odium, invidia & inimicitiae adversus actricem. Nam etsi inimicus † à testimonio repel- 183
latur, *Hippol.in l.*1.*§.praeterea.numer* 1.*& seq de quaest. Petr.Anchor.cons.*246.*colum.* 2.*vers.an testis. Corne. cons.*101.*colum.*4.*vers quia non omne odium volum.* 1. *Alexand,cons.*99 *in princ. volum.* 1 *Grammat. consil. crim.*46.*num.*5.*&* 8.*Paris.cons.*58 *num.* 73. *volum,*3. *Socin.jun.consil* 73.*n.*14. *vol.* 2 & † inimici, quoad 184
repellendum à testimonio dicantur non solū, qui odium in mente habent, sed etiam qui inimicitiae causas habent vel habere praesumuntur etiam sine mentis odio *argum c.*2.2.*quaestio* 5.*Innoc.in cap. cum L. & A. de re judic. Felin. in c. quoties. versic. Nota quarto.de testibus. Hippo sing.*178.*incip.inimicus repellitur. Bursat.cons.*69.*numer.*31.*part.* 1.

Imo etiam ne reconciliati quidem † admit- 185
tendi esse videantur, *Panorm.in c.cum oporteat. nu.* 6. *de accus. Felin. in c.eam te, vers. infidelitas limit.* 2. *de rescript. Alciat. de praesumptio. Reg.* 2 *praesumpt.*11.

K 2 non

non est tamen satis quem inimicum allegari, ut
repellatur, nisi etiam probetur, præsertim, cum
utraq; apud interro. gener. 11. dicat, se sine per-
sonæ ullius respectu veritatē dicturā, sibiq; per-
inde esse uter ex litigantibus superior evadat,
protestetur.

Nam ut repellatur testis ex causa inimicitiæ
186 requiritur † probatio causæ inimicitiæ & quidē
capitalis, debetq; in specie allegari qualitas ini-
micitiæ, alias non dicitur esse probata, *Imol. in cap.
Reinutius. de testam. Ias. in l. Titia textores. ff. de legat.
1. allegans Bal. in l. si quis testib. C. de testib. idem in l. 1. C.
de testam. Bald. in c. constitutus. de rescript. quē refert. &
sequitur* Jas. *in l. sororem. C. de his quib. ut indig.* & ideo
dixit Bal *in l. solam. C. de testib.* quod testis deponēs
super inimicitia debet reddere causam & ratio-
nem sui dicti, quantumcunq; non fuerit interro-
gatus de eadem, idemq; firmat Jac. d. S. Georg. *in
l. testium ff. de testib.*

187 An vero † dicatur gravis vel levis inimicitia,
quæ repellat testem vel non, remissum est in ar-
bitrio iudicantis, *Innoc. in d. c. cum oporteat* Jacob *de
S. Georg. in d. l. testium. Bart. in l. Maritus. ff. de quæstion.
Grammat. decis. Neap. 34. n. 21. & seq. & decis.* 86. *nu.
4. & seq.*

Cum autem actrix nec levem inimicitiam, ne-
dum gravem probaverit, ea etiam exceptio à ju-
dice circumspecto non attendi debet, sed ut ali-
quo modo præsumi possit, quod utraque rei so-
ror actrici sit inimica, judex tamen ob id non ar-
bitrabitur earum testimonium propterea rejici-
endum, cum in effectu & genere contestes quā-
plurimos habeant, & ratione iuramenti à se prę-
stiti præsumptio sit, quod magis suam animam,
quam corpus fratris dilexerint.

188 Testi 8. D. impingitur periurium, ut † ipsi cre-
dendum non sit, *secundum Bal in l. si ex falsis Cod. de
transact Dec. cons. 405. col. 3. vers similiter. Crav. cons.
6 n. 14.* ex eo, quod sit ditior, quam apud interr.
gen. 1. dixerit, atq; ea ratione & contra juramen-
tum à se præstitum dixerit, & collectas quotan-
nis de bonis suis dandas Reipub. perverteri. Sed
fit dicto D. iniuria, quoniam eo tempore, quo ut
testis deposuit, lis de quibusdam bonis litigiosis
inter se & alium quendam pependit, ut propter
dubium litis eventum recte dicere potuerit illa
bona sua non esse, & licet actionem habuerit, p-
pterea ipsum bona non habuisse sed visum dun-
taxat esse habere.

189 Eamq; ob causam cùm † bona illa non posse-
derit, collectis aut tributis onerari nec potuit
nec debuit *gl. in § non permittas, in verb. damno. de
mād. princ. Gail. li. 1 obser. pract 21. n. 19. & 20. Myn-
sing observ. 34. cent. 3. Cacher. decis Pedem. 83. nu. 6. &
decis. 95. n. 46.* siquidem onera illa rerum sunt &
patrimoniorum non personarum, *Bal. in l. propter
C. qui bon. ced poss. Capell Tholoss. quæst. 28. & 134. &
ibi Steph. Aufr. in addit.* Porro multis nominibus
impugnatur N. potissimum quod sit partialis in
causa, summus amicus rei & summus inimicus
190 actricis. Cum autem amicus † maxima amicitia
cōiunctus producenti à testimonio repellatur,
*Bal. & Feli. in c. 1. de testib. Feli. in c. quoties. col. 2. versic.
nota quinto. eod* Jas *in repetit d. l. Admonendi, n.* 179.
*Spec. de teste. §. 1. vers. amicus etiam. Nellus à S. Gemin.
in tractat. de testib. col. 1. vers. amicus maxima amicitia.
Steph. Aufrer. in tractat. de reprob. test. in vers. affinis cir-
ca princ.* similiter etiam inimicus ut supra dedu-
ctum est à testimonio regulariter repellatur, vi-
dendum est, utrum actrix has suas exceptiones
probaverit.

Quod igitur dictus N. se partialiter gesserit ex eo
ostēdere conatur, quod cū ministris Ecclesię X. in
tractatione hujus causæ semper affuisset, imo in
singulis conscribendis amanuensis eorum fuis-
set de literis earumque contentis, quas illi qua-
tuor ministri ad consistorium de hoc negotio
scripserant, & in quibus iudicium suum annota-
verant, patrem rei per peculiares literas certiorē
fecerit, eaq; ratione causa exciterit, ut literæ illæ
quatuor ministrorum non resignatæ X. remissæ
fuerint. Quod ēt summus sit familiæ eius amicus
ostendere conatur ex propria ipsius confessione
quam fecerit in attestationibus pro parte actri-
cis productis apud art. 8. ubi dicit daß das hauß
S. ein hospitium Ecclesię seye/vnd er sich schuldig
erkenne sich allzeit wider alle die jenige zuoppenie-
ren/die jhn S solten alß einfrom schelten. Accedit
deposito testis 7. 8 & 9. apud artic. 8. qui dicunt,
daß N. seine Parteyschafft nicht verneinen könnē.
Item daß N. bekand vor jhnen sampt lichen Pr-
dicanten/daß er in der sachen zwischen S. vnd C.
sey Parteyisch gewesen vnnd S zubefordern sich
geneigt erzeigt/aber solches sey geschehen vmb deß
Vatters vnd seines hauses willen.

Præterea videtur is N. à S. esse corruptus, † ut 191
fides ipsi prorsus nulla videatur esse adhibenda,
*c. 1. & ibi. gl de testib. c. non sane. 4. q 5. Dd. in c. qualiter
el 1. de accus. c. nolite timere, 11. q 3. Menoch. li. 2. de ar-
bitr. jud. quæst. casu 310 n. 1. Dida. Couvar. in c. peccatū.
part. 2. §. 3. n. 2 de reg. jur. in 6* Imo ēt reliquos mini-
stros corrūpere voluisse videtur ex sua ppria de-
positione apud art. 9. & ex fine depositionis testis
6. & testis 8. apud dict. art. 9. ut N. non tantū nihil
videatur esse credendum, sed ipse ēt ut falsarius
puniendus *per alleg. à Mynsing. observ. 67. cent. 6.*

Insuper cum † hic N. sese ut amicabilem com- 192
positorem inter utramq; partem ab initio inter-
posuerit, qui proxeneta dicitur secundum Bald.
*cons. 61. vol. 2. & cō. 370. n. 3. vol. 4 Bert. cons. 225. vol.
3. Alex. cons. 127. n. 9. vol. 7.* videtur testimonium ip-
sius nihil valere, quandoquidem iuris est, ut pro-
xeneta in causa, in qua proxeneta fuit testificari
non possit, ut vult Joh. de Imola *in cap. ex literis de
transact.* notat gl *in c. 1 in verb. civiliter de testib. in 6.
& gl. in c. dilectorum de testib. cog. glos. in § quoniā vero.
Auth. de testib. collat. 7.* idq; propter affectionem, q
dicitur habere ad causam, ut impleatur & firmū
sit, quod ipse sua mediatione fieri curavit, *Dd. in
d. c. dilectorum. Alex. cons. 13. col. 5. vol. 1. Chas cōs. 18. col.
5. n. 11. Corn. cons. 81. col. 2. vers. 3.* ubi dicit licet quidā
tenuerint contrariū, quos allegat Alex. *cons. 43. n.
3. vol. 7.* saltē tamen dicendum esse, quod media-
tor nō est testis omni exceptio. maior. Sed neq; il-
la omnia N. obstār, quo min' & testis esse potue-
rit, eiusq; depositio admittēda sit. Etsi n. fateatur
se rei patrē monuisse de dictarū literarū cōtētis
tamē q animus eius fuerit id monēdo efficiēdi, ut eę
literę nō resignatæ remitterēt, negat: ideoq; cō-
mittitur hic paralogismus nō causę ut causę qa ipsi
cōsistoriales G. literis suis, quas ad ministros Ecc.
X. miserūt, satis testatū faciunt, cur eas literas nō
resi-

resignatas remiserint, nō quod N. eos, ut id facerēt, monuerit nec quod reus eiusve pater id procuraverit, sed quod intellexissent in iis scriptū fuisse de causa S. quā civiliter non ad suā sed ad ordinarii magistratus cognitionē pertinere, ut proinde sese eius disceptationi immiscere ac proinde literas tanquam ad se nō pertinentes resignare noluerint & vero etiam non debuerint, *per l. culpa est. ff. de reg. jur. c. non est sine culpa eod. in 6.* Et nisi hęc causa non resignandi literas non fuisset, facile scire potuisset etiam N. ut maxime efficere voluisset, ne resignarentur, nihil tamen se suis literis aut admonitionibus effecturum, si animo consistorialium non sedisset eas remittere: immo providere poterat. N. satius fuisse literas à cōsistorialibus resignari, ut S. de omnib. X. tractatis eo facilius rescisceret, atq; ex iis causam suam dirigere ac proinde quoquomodo tribunal iudicis evitare potuisset. Quodq; N. rei patrem nō propterea monuerit ut literę remitterētur argumento satis est, quod post modum ille ipse N. easdē literas ad idem consistorium misit, & quidem resignatas, ne consistoriales eas iterum non reclusas remittendi occasionem haberent, ut cōnstat ex missiva N. sub dato 20. Febr. An. 1582. ab ipsa actrice producta. Quid etiam in monitorialibus, N. fuerit ipse aperit apud art. 8. in rotulo actricis & in rotulo rei apud interr. gener. 16.

Quod 2. ad confessionē N. attinet, attendendum est N. non dicere sese reum defendisse, sed patrem rei, quem cum sua familia actrix atrocissime diffamaverat, neque etiam simpliciter dicere & indistincte, quod patrem defenderit, sed adversus eos **die jhn alß ohn from schelten.**

Sin v. ex eo pro partiali & summo amico S. habendus est, quod domum patris dixit esse hospitium ecclesiæ (quod tamē forte quilibet alius ēt qui patrem alias non novit, sed de statu & conditione eius certioratus fuit, sine ulla partialitatis aut amicitię suspicione dicturus fuisset) actrix meminisse debuerat, quatuor istos ministros X. multo esse pro sua causa partialiores ut qui actrici non solum petenti consilium in hac causa consuluerint, verum ēt eius parentes in numerum Sanctorum quasi retulerint eā appellando filiā sanctorū, ut ex scriptura sub nu. 3. ab actrice producta manifestum est. Itaq; quod iuris in N. statui voluerit, id iuris patiatur ēt in quatuor illos ministros statui, & quidem multo magis, quod reus horum personā non ita approbaverit, sicut actrix approbavit psonā N. eū in testē pducēdo.

Neq; urget quidq̄ depositio testis 7. 8. & 9. apud artic. 8. Nam testis 8. de partialitate nihil omnino dicit, testis 7. vero & 9, etiāsi quid dicant, addit tamen testis 7. quod N. ex parte sese excusaverit, & si q̄d à se admissum esset, nēpe in literis dādis ad patrē rei, id non malitiose sed bono animo à se factū seq; curaturum ut eiusmodi quid post hac non fieret.

Cumq; hi tres non dicant cur partialis fuerit habitus Carolus, atque ita nō in specie de partialitate quidquam dicant: ipse a. N. & testis 6. dicāt nihil aliud ipsi fuisse exprobratum à ministris, q̄ quod ad rei patrē scripsisset, ipsumq; monuisset de literis ministrorum, supra a. deductum sit ex eo N. pro partiali habendū non esse, sequitur ut falso ipsi partialitas à ministris fuerit imputata.

Imo unus ex quatuor illis ministris testis 6. ipsius actricis, qui tamen expresse dicit apud art. 7. daß er Zeug der armen Dirnen gern geholffen hette zun ehrē durch ein legitimum matrimoniū eoq; ipso suā erga actricem partialitatē satis prodidit, cum apud art. 8. ex ipso quæreretur ob nicht N. dermassen sey vberwiesen wordē/daß er seine zu gar grosse mißhandlung hat müssen bekennen/so er in diser sachen wider alle Christliche Gebür begangen hat vnd allzeit Parteyisch vnd gentzlich dē S. vñ seinem Sohn wider gedachte M. zu helffen vnd vberzuhelffen geneigt sich erzeigt hat/egregie pro N. his verbis respondet. Ich sag frey herauß vor Gott vnd allen frommen leuten/daß es seyen sycophantię morsus. vnd daß dem frommen Diener Gottes lauter Gewalt vnd vnrecht daran geschicht/ꝛc. & paulo post. Ich halt vor Gott vnnd allen frommen leuten N. vor einē frommen gelerten fried vnd ehrliebenden Diener Gottes ꝛc. vnd zeug ich gern/daß er allzeit ehrlich vō S. Vatter vñ seinē geschlecht gesprochē hat/so viel aber den S belangt/hat er allzeit bekandt/daß er billich nach gebür gestrafft soll werden von der gebürlichen Obrigkeit/vñ daß er recht thätte/wenn er mit M. verwilligte/vnd wolte solches allezeit gern sehen/wie ich allzeit auß seinem Mund gehört habe/cū quo convenit depositio ipsius N. apud articulum 8. quæ depositio interpretatur & distingit depositiones reliquorum trium ministrorū quomodo & quatenus se fautorem domus patris rei, & osorem peccati rei esse dixerit, & quod actricem ullo odio non prosequatur. Atq; huic testi tanto magis est credendum solum, quod in specie deposuit, reliqui autem tres in genere, *Alber. de Ros. in l. turpia ff. de legat. 1. Mynsi. obser. 76 cent. 3.* verum ēt quod in scripta hac sua depositione circa hunc articulum Deum & homines attestatur se vera dicere & quidem iterato. Amicitiam magnam sive ut nonnulli Doctores loquuntur immoderatam illi cum rei patre & reo intercessisse, nec ex ejus confessione, quam in arrestationibus pro actricis patre productis fecit, cōvincitur neq; ulla parte reliquorum actorum probatum est, ideoq; utcunque amicus eorum fuisse poneretur ob hāc amicitiā, repellēdus nō esset. Regulariter enim † amicus pro amico admittitur ad testimo- 193
nium dicendum, nec ob solam amicitiam repellitur, *Specul. in tit. de teste. in princ. vers. Amicus autem. Angel. & Imol. in l. sciendum. ff de usur. Bald. in l. si quis testib. vers. quaeris Cyn, C. de probat. Steph Aufrer. in suo tract. de reproba. test. in verb. Affinis, vers. amicitia repellit. Felin. in c. in literis n. 11. de testib. Gabriel. de testib. conclus. 11. ubi multas alias authoritates adducit, & hanc sententiam communem esse addit.*

Ex quo ēt consequens est ut actrici nullo modo N. & V. repbare liceat, utpote quos testes ipsa actrix produxerit. & quidem non nunc primum in hac causa, verum etiam ante cum auditi sunt à cōsule X. ut N. dicit apud interr. gen. 13. rotuli X. pro reo exhibiti. Est † n. iuris, quod testem à me 194
productum, etiamsi à parte mea adversa etiam sit productus, repulsare non debeam *gl. in §. Et licet in fi. in verb. & suppliciis, Auth. de testib. colla. 7. Bal. in c. licet. de testib. Ias. in l. 1. §. 1. ff. de verb. obli. Alex. con. 7. vol. 1.* Imo & † quod amplius est, producēs testes, 195

etiamsi eis usus non fuit, nec eos fecit jurare, tamen non poterit opponere in eorum personas, si ex adverso producantur, ut voluit. Bal. *in l. 1. §. Bestias ff. de postu. & in l. data opera. C. qui accu. nō pos.* Crav. *in tract. de antiq. temp. par. princ. 1. §. quaeritur n.* 15. nec possum testes à me in quadam causa productos. in aliis causis contra me productos reprobare, ex quo ipsos semel approbavi, dicit Archid. & post eum Joh. de Turre cremata *in c. accusatores 3. q. 8. arg. c. si quis testib. 4. q. 3.* ex quo n. quis ad testimonium vocatur eo ipso videtur approbatus esse per eū qui ipsum vocari fecit, *Capol. caut.* 217.
196 *Spec. in ti de test. §. saepe. vers. quod si cum* & quod † testificari sit honor *not. gl. in c. cū in Eccles. de major. & obed. c. forus, de verb signif.* Quod a. à reo corruptus sit, negatur, nec à parte adversa probatū est, quēadmodum nec illud quod alios testes corrūpere voluerit, ut ipse asserit apud art. 9 & testis 6. in fine suae depositionis, similiter testis 8. apud art. 9. N. eo nomine satis superq; excusant.

Nec obest ei, quod proxeneta fuerit, quia quod
197 dicitur † proxenetis non credi, id communiter ita Dd. accipiunt, nisi utraq; pars consentiat, *gl. in §. in hu, in verb. adnumeratorē Auth. de instrū. caut. & fidei. Ang. in §. quoniā vero. Auth. de testib.* eamq; opinionem esse magis cōmunem tradit Anton. Gabriel. *li. 1. commun. concl. in ti. de testib. concl.* 20 *n.* 3. & ultra eum Campeg. *in tractat. de testib. reg.* 58 *fall.* 1. Crot. *de test. part.* 4. *n.* 83. Curt. *de test. concl.* 43. at in N. utranq; partem consensisse notorium est, siquidem ex actis satis constat, quod in testē productus sit nō à solo reo, sed etiam ab ipsa actrice.

Ex his similiter defenditur persona B. senioris, quem & ipsum actrix in testem produxit & examinari fecit. Nam cum & ipsi partialitas, amicitia cum reo & inimicitia adversus actricem objiciatur, & illa videantur esse probata per testes actricis in rotulo X. 1. 2. 3 10. & 12. tamē ut jā horum testium defectus praetereamus, etiamsi plenissime illa omnia adversus dictum B. probata essent, ex supra dictis juris fundamentis everterentur. Quibus peculiariter in hoc teste hoc accedit, quod actrix in responsione sua ad art. defens. 6. dum se eum credere dicit, fatetur daß B. ein ehrlicher handelßman sey/ idemq; affirmat testis 7. in rotulo rei X. apud interr. Spec. art. defen. 6. cum alias etiam praesumptio juris ipsi assistat.

Verum ut ulterius concedatur omnes testes in rotulo X. quam optime pro actrice & contra reum deposuisse, fides tamen illorum omnium ex eo elevatur, quod in rotulo examinis in prooemio dicitur. daß Burgermeister vñ Rath der statt X. den erscheinenden Zeugen vor allen dingen die Instruction durch jhren geschwornen Secretariē haben verlesen lassen/ vnnd demnach dieselbige zu Zeugen auffgenommen/ vnd hab ein jeder solcher Zeugen daß jenig was auff jhn designirt Copeylich zun handen vnd darauff gebürliche Zeit bedenckens begert vnd erhalten.

Deinde in quatuor illis ministris X. in specie et
198 hic est defectus, quod † iuramentum à teste praestandum non praestiterunt, nec ex actis aut rotulo apparet à partibus id ipsis remissum esse, adeo que pro reo quidem eorum dicta valent, sed si quid contra reum deposuissent vel pro actrice, in eo ipsis credendum non foret *per l. jurisjur. C. de test. c. fraternitatis c. tuis c. quoties eod. gl. & Bart. in authen. sed judex C. de Episc. & Cler.* Neq; satis est ipsos generali juramento quo civitati X. sunt obstricti relictos esse, quia † iuramentū testium omnino 199
est necessariū nisi à parte remittatur etiāsi testes essent religiosi *c. tuis quaestioni. & c. nuper de test.* ubi expressus est textus quod testi iniurato fides non adhibeatur quantumcunq; religioso in praejudicium alterius, atq; ita in Camera Imperiali observari attestatur Myns. *obser. 3. cent. 2.*

Et quamvis † partes regulariter testibus juramentū remittere possint, *per text. in c. 2. de sponsal. Panor. in c. 1 n. 4 de jureju. Dd. in l. si quis in cōscribendo. C. de pact. & in c. si diligenti. de foro compet* praeterquā tamen quod non apparet id his remissum esse, ut maxime remissum esset, remissio illa nō valeret, siquidem in causis matrimonialibus iuramentū testi remitti non posse testatur Feli *in d. c. tuis quaestioni. n. 4. & in c. juravit. n. 2. de proba,* adeo ut si iuramentū remissum sit, iudex ex officio illud à testibus remissionis ratione non habita exigere & recipere debeat, ut refert & sequitur Andr. Gail. *li. 1. obser. pr.* 101 *n.* 6. Testem. 2. vivere ex Eleemosynis ipsa negat apud interr. gen. 1. dicens sie lasse sich begnügen/ an dē was jhr Gott bescheret habe/ neq; cum illa qualitas sit negata à Reo, probata est ab actrice. Ut tamen id probatum esset propterea tamen ei fides deroganda non esset, cum pauperis fides non minuatur ex eo, quod pauper est, sed si & pauper & inhonestus sit, ut supra, deductū est, psertim etiā, cū haec testis sit foemina nobilis, cuius † testimonio ob nobilitatē generis 201
maior habetur fides quam viro plebeio *Petr. Gerard à Petra sing. 11. incip. Iliis casib. Tiraquell. in tract. de nobilitate cap.* 20. *n.* 33. quāvis † alias in testimonio 202
dicendo viri praeferantur foeminis, *Panor. in c. forus. de verb. signif. Bal. in l. fin ff. de fide instr. & l. 1 cum ibi not. ff de Senator. Felin. in c. quoniam. de testib Spe. in t. de teste. §. postquam. vers porro. Alexan. cons. 236. vol. 6. Grammat. cons civil. 3 c. col. 2* Et generaliter traditū est nobilium † testimonium semper praecellere 203
nulla facta distinctione inter nobilitatem maiorem & minorem. *gloss. in l. 3. in verb. plebejo. ff. de test. b gloss. in c. item testium 4. q. 3. Bart. in l. 1. colum. 9. versic unde tamen non dub. t. C. de dignitat. lib. 1. Jas. in l. maiorem. ff. de pact. Felin. in c. in nostra col pen. de testi. & ibid. hostiens. & Imol.* quod consulendo sequuntur Calcan. *cons. 9. col. 3. vers. sed posito* Dec. *cons.* 342. *in primo dub. in fin.* Crav. *cons* 6. *num.* 28.

L. M. testi tertio non obstat affinitas quae ipsi est cum patre rei, utpote qui in matrimonio habeat consobrinam uxoris huius testis, ut patet ex depositione, eius apud interr. gen. 2 quandoquidē affines in linea collaterali testimoniū ferre de iure prohibiti nō sunt, sed idonei esse cēsentur, *gloss. in cap. accedens, verb. subesse. Ut lite non contest.* Bar. & Dd. *in l. qui testamēto. § per cōtrariū. ff. de testa.* Lanfr. *in praxi. c. 8. n.* 58 *Hyppol. cons.* 88. *n.* 18. Et quāvis apud interr. gen. 11. dicat daß es natürlich sey/ zu den verwandten affection vnd zuneigūg zutragen/ quamprimum tamen subiicit daß er doch in dieser sachen der Parthei welche recht hab gönne obzuleigen/ ut ita † dictum eius prius ex hoc po- 204
steriori sit declarādū, *secūd. Ias. in l. legatū. n. 12. & in l. si servus. § si in nu. ff. de leg. 1. Wesem. cos. 15. n. 66. part. 1.* huiusq; testis candor eo est maior, quoniā id fatetur

tetur, quod actrix ipsa negatura non fuisset, naturale nimirum esse, ut erga necessarios suos quisque bene sit affectionatus, unde tamen non consequitur, quod actricem oderit, cum amor sive favor recipiat plus & minus.

Quare etiam id concidit, quod actrix hunc testem sibi inimicum esse asserit, quod neq; ex depositione ipsius colligi potest, & ut posset, habet tamen dictorum suorum testes complures, nempe actricis inobedientiæ, test. 8. 9. & 4. quodq; à parentibus præter voluntatem discesserit, cotestes habet 8. 9 & 10. & superbiæ ipsius 1. 2 5. 8. 11. & 17. cytharæ 6. 7. & 8. prout ex superius deductis constat. Et quod falso ipsi obiiciatur, quod dictorum causam scientiæ non reddat, manifestum est ex depositione ipsius apud artic. def. 1. 12. 26. & 27. cum declaratoriali.

Quamvis autem negari non possit, hunc testem olim cum patre Rei familiariter fuisse con-
205 versatum, atq; † ob eam familiarem conversationem repellendus videatur, *per l. ob carmen. §. si testes. d. testib cap. si testes. 4. q 5.* certum tamen est, id ante multos annos fuisse factum, eoq; tempore, quo hic testis fuit examinatus, locis longinquis eos à se invicem habitasse, ut omnino regulæ vulgatæ hic standum sit, testium qualitatem attendendam esse tempore juramenti & depositionis eorum. Præterea de jure alias etiam solam familiaritatem non obstate, quo minus testi fides adhiberi debeat, ex iis liquet, quæ supra de teste amico ob solam amicitiam non repellendo deducta sunt.

Nec verum est, quod hic testis super articulis, ad quos fuit designatus nihil deponere potuerit, siquidem depositio eius id falsum esse satis ostēdit, quod de actricis inobedientia dixerit apud art. 2 de levitate apud interr. art. 2. & quod invitis parentibus alio habitatum concesserit apud art. 26 & de vestimentis actricis supra ipsius statum apud art. 27. quodq; super declaratorialibus audiri & deponere potuerit, ex dictis supra satis manifestum evadit.

C. D. prætenditur de auditu duntaxat deponere: sed id ex parte falsum est, quia apud declar. art. 6. & apud art. 27. expresse dicit, quod viderit in navi actricem sese leviter gessisse. Quod autē ad oscula & contrectationes actricis impudicas attinet, de iis ait, sese audivisse ex eo ipso, qui ea vidisset, apud declar. art. 20. & in genere de levitate actricis, & in specie de osculis ab adolescentibus exceptis. dicit, se alios etiam loquentes audivisse in foro X. ut ea actricis levitas etiam lippis & tonsoribus nota fuisse videatur. Neq; fuit hic testis designatus ad artic. 13. & 14. & ingenue fatetur, se art. 12. nescire, quia actricem G. non viderit in ædibus S. ut actrix valde impudenter eum impugnet, quasi extra articulorum contenta deposuerit.

In depositione E. F. & eius uxoris H. nulla est contrarietas, quippe impossibile nō est, ut uterque ille testis locutus sit actrici, nec affirmat H. pro certo, quod poculum fuerit, in quo Rei pater ipsi actrici venenum propinasse ab actrice dictus fuit, sed ihres behalts sey es ein Geschirr gewesen/ nec mirum, si hoc ei ob longius temporis
206 intervallum exciderit, cum † alias etiam hominis memoria labilis esse dicatur, *l. peregre ff. de acq. poss. l. si arbiter. ff. de probat. l. 3. §. duæ autem. ff. de Carbon. edicto Gramm dec. Neap. 60. n. 9.* & cōstat † testium dicta adjuvanda esse, & ita accipienda, ut quoad 207
eius fieri potest, ad concordiam reducantur, *Felin. in c. cum n. 7. & 8. de testib. Cravet post alios à se allegatos cons. 5. Pars. cons. 87. nu. 41 vol. 3. & cons. 138. n. 18. vol 4. Alex. cons. 199. col. 1. vol. 7.*

Adulterium à P. commissum esse negatur, & cum ipsa actrix dicat, quod is cum fœmina soluta rem habuerit, satis arguit adulterium non esse, sed simplicem fornicationem, cuius de jure nulla est pœna. Adulterium enim † in nuptam 208
& non innuptam committitur, *cap. lex illa. 36. q. 1. cap. non mœchaberis. 32 quæst. 5. l. fugitivus. ff. de verborum significat. Levit. 20. Deuteron. 22. Ezechiel. 18.* Neque eo nomine fuit accusatus, nedum condemnatus, ut infamis propterea non sit, aut ut infamis de facto dici possit, certū tamen est, testem infamem infamia facti non repelli, sed fidem ei adhiberi, *ut not. in l. cunctos. ubi late Jas. C. de summa Trinit. cap. licet causam. de probat. gloss. in l. 2. §. lege Julia. ff. de testibus. & in cap. licet. eod. Felin. in cap. testimonium num. 3. versic. debet autem de crimine. de testibus. Panormit. in d. c. licet causam. colum. 3. vers. si sint malæ famæ*, atque hanc sententiam communem esse dicit Alban. *in tract. de testib. §. consequenter. num. 7.* & post eum Donat. à Fina *in suis regul. & except. verb. testis. cap. de his qui test. esse poss. vers. infamis infamia facti.* & Wesembec. *in paratit. ff. de his qui not. infam num. 8.* ait, certe hodie deturpati infamia facti testes esse possunt, quamvis eorum testimonium non sit omni exceptione maius.

Nec refert, quod G. sine testimonialibus discesserit, quia in ipsius arbitrio hoc fuit positum, testimoniales accipere vel non accipere.

Quod autem sit vinolentus, ideoque ipsi † fi- 209
des non adhibenda, *per cap. à crapula. de vita & honest. cler. Archid. in c. luxuriosa. dist. 35.* non est probatum, & ut probatum esset, vinolentia tamen à testimonio dicendo quem non repellit, etiamsi hoc concedatur, quod vinolentus testis non sit omni exceptione maior, quod tamen actricem non relevaret, attento, quod plures hic habet contestes, atque ita defectus, si quis subesset ex numero, suppleretur.

Q. esse levem non est ostensum, & ut testis reprobetur, † non sufficit in genere crimina ei 210
opponi, sed oportet id fieri in specie, ut tradunt DD. & præcipue Bar. & Alex. *in l. testium. §. lege Julia. ff. de testib.* Abb. *in c. testimonium. eod.* Bucell. *inter consil. matrimon. consil. 70. num. 7. tom. 1.* & non tantum opponi debent in specie, verum etiam probari, quod testis iis sit inquinatus, & quod communiter ita reputetur, tex. est notab. quem Bar. reputat mirabilem *in l. 1. C. de testam.* idem *in l. ad testium. ff. qui testam fac. poss.* quem ad hoc reputat singularem Barr. *in l. 2. C. de secund. nupt.* & consuluit ita Alex. *cons. 196. vol. 7.*

Similiter probatum non est, quod hic testis sit summus amicus N. & ut probatum esset, nihil id ei obstaret, siquidem exceptiones contra dictum N. ab actrice allatę sunt irrelevantes, nec sequitur, Est amicus inimici mei, Ergo & meus est inimicus, nec de iure prohibitus est inimici mei amicus testimonium dicere, *Salicet. in l. si quis testibus.*

testibus. C. de testibus. & post eum Donat. à Fina in suo Enchirid. regul. & except. in verb. testis. cap. de his qui test. esse poss. facit, quod socii mei socius, negetur meus esse socius, *l. nam socii. ff. pro soc. l. consilii. in fin. ff. de regul. jur.* & libertus liberti mei non sit libertus meus, *l. Modestinus. ff. de verb signif.*

Quod etiam depositio eius ut suspecta allegatur ex eo, quod cum F. ea quæ apud declar. artic. 21. & 22. deposuit, retulisset, isque de iis sese R. interrogaturum respondisset, ipse testis replicasset, eo non esse opus, quod facile cogitare posset, eiusmodi R. absente & nesciente facta esse, id totum in eiusmodi coniectura est positum, ut ab actrice negari non possit, verissimum esse, quod si quæ in domo dicti R. minus pudice sunt acta, ea ipso nesciente acta fuisse.

Quando igitur hæc omnia ex actis & jure ita deducta manifestum faciunt nec personas, nec dicta testium ex parte Rei productorum, exceptionibus actricis esse labefactata, consequens est, ut dicamus, Reum exceptiones defensionesque suas satis superque probasse.

Nec obstant supra capite secundo pro parte actricis allata. Quod enim ad Rei confessionem attinet, qua fateri dicitur, se vim adhibuisse, animadvertimus tamen, eam confessionem non esse simplicem, sed qualificatam, hoc est, vim non magnam, ac proinde eiusmodi, à qua actrix, si voluisset, sese facile, si non viribus, at voce & clamore liberare & potuisset & debuisset. Cum autem actrix confessionem eam acceptaverit, acceptare eam debuit cum omnibus suis quali-

211 tatibus. Est enim juris, † confessionem acceptari debere cum omnibus suis qualitatibus, nec posse pro parte scindi & dividi, *Bartol. & Bald. in l. siquidem. C. de except. idem Bald. in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liberis & posthum. Jason in l. contra juris. §. si filius. colum. 10. num. 12. ff. de pact. Ludovic. Gomez ad §. item si quis postulante. num. 17. Instit. de action. Ludov. Roman. consil. 167. colum. 2. versic. 4. & cons. 353. colum. final. Alexand. consil. 33. & consil. 92. colum. fin.*

212 *volum. 1. Capoll. caut. 86. & 226.* Nam fides † scripturæ est indivisibilis, quia non potest scriptura pro parte probare, & pro parte non, sicut confessio illa qualificata in scripturam redacta est, *Bartol. & Dd. in l. si ex falsis. in fin. C. de transact. Dec. in c. ad audientiam. col. 2. vers. 2. de rescript. Bal. cons. 405. volum. 4.*

Et verosimile esse vim vel omnino nullam, vel non admodum magnam à reo adhibitam esse, dicit ipsius actricis testis 6. in rotulo X. apud artic. 11. additque causam, quia stuprum illud in urbe sit admissum, & in domo, ut actrix, si violenter compressa fuisset, clamando se extricare potuisset, &c.

Tantum autem abest, ut actrix circumstantias facti à se positas probaverit, ut reus etiam contrarias & deduxerit & probaverit, cum tamen de jure ad id non teneretur.

Nec ad rem facit, quod sorores jussæ sint à parentibus cum fratre ire cubitum, quia inde omnino nihil nec præsumptive nec vere elici potest, præsertim cum parentes in more positum habuerint, singulis vesperis dormitum euntes, admonere familiam, ut & ipsi quamprimum se cubitum conferrent, quod tamen non aliter velle putandi sunt, quam omnibus & singulis negociis adhuc conficiendis in domo confectis: & multoties ante illud etiam tempus factum sit, ut post expedita omnia moram aliquam in hypocausto traxerint.

Non etiam, ut de jure requirebatur, probatũ est, actricem descendere coactam, & petiisse alteram ancillam sibi addi comitem, atque ut probatum esset, non tamen videmus quid sit, ut ex eo actricis causa admodum relevetur.

Quod enim ad prætensam sororis confessionem literariam attinet, de ea nihil ex actis apparet, neq; ipsæ literæ sunt productæ, nec caret suspicione, quod actrix super iis peculiaria interrogatoria non fecerit, super quibus dicta soror examinaretur. Nam solent huiusmodi specialia interrogatoria fieri, & qui † non facit, quod fieri 213 consuevit, se suspectum reddit, adeo ut dolus etiam eo nomine præsumatur, *Roman. cons. 54. n. 6. Paris. cons. 100. n. 67. vol. 1. Bursat. cons. 82. nu. 18. Cacheran. decis. Pedemont. 109. nu. 9. Borgn. Cavalcan. in tract. de usufruct. mulier. relict. nu. 128.* & verosimile est, quod sibi actrix metuerit, si earum literarum mentio in interrogatoriis fieret, fore, ut & alia, quæ reus innuit in illis literis contenta, fuisset proditura. Et literas quidem ad se esse scriptas, fatetur N. sed quod vel id, quod actrix in iis scriptum esse prætendit, scriptum fuerit, vel nihil aliud, quàm id, quod actrix scriptum fuisse dicit, non affirmat. Scriptura autem illa ab actrice producta, in qua P. & Q. uxor confessi esse dicuntur, quod eas literas & viderint & legi audiverint, in quibus mentio fiat de coactione & petitione actricis, & in materialib. & in formalibus suis nulla est. Nam etiamsi confessa fuisset, se actricem coëgisse descendere, id tamen fuit extraiudiciale, at postea iudicialiter in testem producta & examinata, sub iurisiurandi religione affirmavit, se actricem non coëgisse. Secundæ autem assertioni iudiciali esse standum, si quis aliquid extraiudicialiter dixit, & postea iudicialiter in testem productus contrarium deposuit, iuris authoritatibus supra est ostensum. Et licet coëgisset eam descendere, cur facere id pro iure suo in actricem tanquam ancillam nõ potuerit, non videmus, præsertim cum de ipsa, quemadmodum etiam de eius sorore, ut tum temporis virginibus, nihil inhonesti unquam auditum fuerit, multo minus ut se fratri suo lænas exhiberent. Nec vel opibus & divitiis, vel familiæ genere actrix tanta est, ut opus habuerit vel ipse reus, vel eius sorores tantopere actrici insidiari, ut frater ipsarum eius compos fieret, atque ita matrimonium eius adipisceretur.

Quod ad formalia illius scripturæ attinet, Notarius ei subscriptus ignotus est, nec apparet, quis ei commiserit, ut hos duos ut testes audiret & examinaret. Deinde subscripsit, quod requisitus solenniter scripserit & subscripserit, nec tamen apparet, quis ipsum requisiverit. Tertio, signum sui Notariatus non apposuit. Quarto, scriptura illa non continet nomen Imperatoris, aut Pontificis Romani, nec alia solennia de iure requisita, imo illud prorsus est informe quamprimũ ab initio suo, cũ incipiat, Item bekenne ich/ &c.

At instrumentum sive scriptura reprobatur

ex eo,

214 ex eo, si † tale quid probetur, quo probato non possit subsistere, quod in instrumento continetur, *Speculat. de instrument. edit. §. instrumentum ergo. num. 21. qui allegat cap. inter dilectos. de fide instrum. & l. optimam. C. de contrahen. & committen. stipulat.*

215 Nemo † autem præsumitur esse Notarius, nisi probetur, *Cravet. cons. 72. per totum.* & probari debet quem esse Notarium, ut instrumentum ab ab ipso confectum subsistat, *Specul. de instrument. edit. §. restat. Doctores in c. 1. de fide instrum. Cravett. d. cons. 72. & cons. 122. n. 16. Rol. à Valle cons. 32. nu. 3. & seq. volum. 2.* eamq; sententiam communibus Doctorum suffragiis receptam esse, testatur Alciat. *de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 13.* & quod non sufficiat aliquem haberi pro Notario, sed revera probari id debeat, similiter à Doctoribus communiter tradi asserit Jason *in l. Barbarius. n. 48. ff. de offic prætor.* imo & illud oportet in specie probari, quod eo tempore, quo instrumentum conficiebatur, Notarius fuerit, ut consuluit Alexand. *cons. 166. col. 2. vol. 2.*

216 Nec † potest Notarius sine judicis commissione testes recipere, *Bald. in l. 2. C. de edend. & in l. præcipimus. C. de appell. gloss. Bald. & alii Doctores in l. hac consultissima. §. si quis. C. de testam. Alex. cons. 212. vol. 2.* eamque sententiam receptiorem esse, ait Roland. à Valle *cons. 44. num. 36. vol. 2.* atque adeo

217 hoc † est verum, ut ne quidem cõsensu partium Notarius sine judicis commissione testes examinare possit, *Afflict. in constit. reg. in constit. in pecuniariis, num. 8. Roland. à Valle cons. 94. num. 38.* Præter-

218 ea † etiamsi Notarius attestaretur sibi fuisse commissum per judicem ordinarium de commissione sibi facta super receptione testium, tamen ei non credetur; ut contra Bartolum tenet Hostiensis, quem refert & sequitur Panormitanus *in cap quoniam contra. col. 17. de probat.* & *ibidem* id docens Felinus & Decius, quos sequuntur Paris. *cons. 61. num. 7. volum. 4.* Alexand. *consil. 101. num. 6. vol. 6.* atque ita in sacro Concilio conclusum fuisse, testatur Afflict. *decis. Neapol 317. nu. 2.* Idem magis communi sententia Doctorũ comprobatum esse, testatur Roland. à Valle *cons. 94. num. 34. volum. 2.* ubi ait, ex hac magis communi Doctorum sententia necesse esse, ut de tali commissione constet per fidem alterius alicuius Notarii, quod etiam Curtius junior *consilio 166. numero tertio*, dicit communiter à Doctoribus teneri.

219 Similiter quod † instrumentum non valeat, si Notarius non faciat mentionem, quis eum requisiverit, notatur *in §. nos autem. authent. de tabell. & in cap. cum P. tabellio. de fide instrum. Grammat. decis. Neapol. 106. n. 24. & seq.*

220 Et quod † non valeat instrumentum absque signo Notarii, per textum *in l. final. C. de assessor.* tradunt Joan. de Imola, Alexand. & Jason *in l. si ita stipulatus. §. Chrysogonus. ff. de verborum obligat.* Bald. *consil. 476. volum. 1.* Felin. & Dec. post alios *in cap. 1. de fide instrument.* Petr. Rebuff. *in tract. de nomination. quæst. 10. num. 11. & sequenti.* Angel. *consil. 220.* Cravett. *consil. 216. num. 3.* Guid. Pap. *decis. Gratianop. 661.* atque hoc ipsum generali consuetudine comprobari ac receptum esse, testatum faciunt Bursat. *consil. 26. n. 10.* Cravett. *consil. 72. num. 4.* Didac. Covarruvias *pract. quæst. 20. num. 4. versic. septimo.* Bald. *in l. contractus. col. 2. C. de fide instrum.*

Quemadmodum etiam † instrumentum sine nomine Imperatoris nihil valere, dicit Bald. *in titul. de pace Constant. §. pacta.* Bartol. *in proœm. ff. & in l. Divus Trajanus. ff. de testamen. milit.* Angel. *in authent. ut præpon. nomen Imper.* Castr. *in l. cum antiquitas. C. de testam.* 221

Præterea ad hanc testium prætensorum depositionem & examen reus citatus non fuit, quo casu † etsi mille essent testes examinati, non probarent, *cap. 2. de testibus. l. siquando. C. eodem. l. judices. C. de fide instrumen. l. generaliter. §. iisdem. C. de rebus creditis. Bartol. in l. si quis adulterii. Cod. ad legem Jul. de adulter. & in l. custodias. ff. de public. judic. & in l. fin. ff. de quæst. Panormitan. in cap. præterea. de testib. cog. Alexand. consil. 79. volum. 2. Aretin. consil. 165. colum. 2.* Nam † citatio requiritur in unoquoque actu præjudiciali etiam notorio, per allegata à Socin. *in reg. 74. incip. citatio requiritur.* Diaz. *reg. 77. incip. citari ad unumquemque.* & Duena *reg 92. incip. citari debet.* 222 223

Quinimo apparet ex prætenso isto instrumento, ne ipsos quidem testes citatos esse, sed sponte ad testificandum accessisse. Testis † autem ultro ad testificandum sese offerens, pro suspecto habetur, *d. c. 2. & d. l. siquando. Bart. in l. post legatum §. his vero. ff. de his quib. ut indig. Bald. in auth. sed novo jure. C. si certum pet. & in l. quoniam liberi. in prin. C. de test. Grammat. cons. 21. nu. 6. Hippol. cons. 2. num. 4. Capel. Thol. quæst. 385.* Imo præsumitur inimicus, & non est idoneus, *gl. & Bart. in præall. §. his vero. idem Bart. in l. quæ omnia. ff. de procurat. & in l. libertus. ubi etiam Bald. C. de testib. Angel. in l. 2. §. diem. ff. quemadmod. testam. aper. Hippol. d. consil. 2. numero 42. & 43.* 224

Quibus accedit, quod juramentum testium non præstiterunt, qui defectus si vel solus hic subesset, ex eo omnis eorum depositio, & cum ea instrumentum subverteretur, per jura vulgata & supra allegata.

Porro quod actrix sese ad juramentum offert, quo eas circumstantias à se positas confirmare velit, id eiusmodi est, ut in iure nostro nihil omnino relevet, *Bart. in l. qui commeatus. ff. de re milit. Felin. in c. ex transmissa. de præscript. Ripa in l. 4. §. Cato. n. 65 ff. de verb. oblig.*

Quare omnes illæ præsumptiones doli, quæ contra reum afferebantur, ex his deductis concidunt, nec à iudice provido & circumspecto admittendæ.

Non etiam sublevant actricem probationes vitæ bene & honeste à se suisque parentibus anteactæ. Neque enim quia verosimile est, ex probis parentibus probos nasci liberos, improbos autem ex improbis, id pro explorato & certo habendum est. Omnis enim illa disputatio, ut eleganter Cynus scribit *in l. providendum. Cod. de postul. per l. quod si nolit. §. qui mancipia. ff. de adilit. edict.* præsumptionem magis quàm veritatem continet, quod sequitur Tiraquellus *in tractatu de nobilit. cap. 2. numero vigesimo primo, cum sequenti.*

Probari † itaque contrarium potest, ut generaliter in iis, quæ præsumptione constant, est receptum, *Dyn. in cap. semel. de regul. jur. in 6. Bald. in l. ex per-* 225

ex persona.C.de probat.Felin.in c.scribam,de præsumpt. cum similibus. Nihil enim vetat dissimiles esse parentibus liberos, ac ex claro patre, ut senex ille apud Euripidem *in Electra* ait, ignavos nasci filios, & contra ex ignavo claros.

Proinde cum ex parte Rei pluribus testibus probatum sit, actricem sese non semper ut probam & honestam puellam decebat gessisse, omnis illa præsumptio ex honestate parentum, si quæ oboriretur, cessabit; idq; eo magis, quod extra controversiam positum esse videmus, & ab ipsius actricis teste 1. in rotulo G. apud interrog. spec. 11. affirmatum, quod frater actricis egregius sit scortator, ut qui extra matrimoniũ duos naturales genuerit, quod dictus testis se bene scire asserit: similiterq; de sorore actricis habitante in R. famam esse sinistram ex quibusdam literis ex illo oppido scriptis colligitur, quemadmodum etiam ipsius actricis testis 6. in rotulo G. apud interrog. speciale 17. se de ea audivisse affirmat.

216 Quam ob causam † testes in testimonialibus A. auditi, deq; bona actricis & parentum eius fama & vita in genere deponentes, non tollent infamiam resultantem ex specialibus delictis supra ex parte Rei adversus actricem deductis & probatis, *Roman.cons.167. quem refert & sequitur Hippol.in l.de minore.§.plurium.num 92.ff.de quæst. idem Hippol.cons.3.num.22. Alexand.cons.77.num 4.vol.1. & cons.158.n.4.4 volum 2.* Quo facit regula, quod per speciem derogetur generi, *cap.in toto, de regul. jur.in 6.l.in toto.ff.eod.c.studuisti. de offic.leg. cap.1. ubi Dd.de rescript.cum similib.*

Nec æstimandæ sunt illæ testimoniales ex authoritate & fide Senatus A. quoniam nihil disponunt, sed duntaxat enunciant, quid apud se factum sit in receptione & examine testium in instrumento illo descriptorum, *Innocent. in cap. cum in jure. numero 7. de offic. & potestat. judic. delegat.*

Quin etiam testes in illo instrumento descripti sunt duntaxat quinque, & ex his duæ fœminæ, deponentes in genere de conversatione actricis honesta: cum è contrario testes Rei auditi super levitate & malis moribus actricis sint multo plures & plerique viri, & in illis persona Ecclesiastica, ac præterea mulier nobilis omnes ac singuli non tantum in genere, sed etiam in

217 specie deponentes. At juris est, † testibus duobus in specie deponentibus, plus credi, quam mille deponentibus in genere, ut dicit Mynsin-

218 ger. *observat.76.cent 3.* & testibus † dignioribus magis credi, quam non ita dignis, dicit gloss. *in cap.in nostra.* & ibid. Hostiens. Panormit. Imola & Felin. *de testib.* glos. & Salyc. *in l ob carmen.§.si testes. eod.* Bal. *in c.super hoc.circa fin.de renunc.* Gozad, *consil.13.col.pen.* Hippol. *cons.51.n.22.* Corsetus *sing 5. in verb.testiũ.* idq; procedit, etiamsi digniores numero essent inferiores, *Host.Imol.& Felin.in d.c.in nostra.Alex.cons.27.col.fin.vol.2. Paris.cons 11.vol.1.*

Multo igitur magis, si numero etiam sint su-

219 periores, cum † alias æqualitate probationum stante ex numero testium res sit æstimanda, *d.c.in nostra, ubi Panorm.& Felin.l.3 § ejusdem quoq; de test. Bar.in l.si duo ff.uti possidetis. Cyn in l.1. C.eod. Bald. in l.testium.C.eod. Alexan.cons.64.col.1.vol.2. Socin. cons.105. col. 4. vol.3. Ruin.cons.71.col.pen.volum.1. Grammat.cons.civil.140.vol.2. Specul.de teste.§.postquam.de test.vers.porro cum ab utraque parte.*

Magis † autem credi personis Ecclesiasticis, 220 quam laicis, dicit Panorm. *in d.c.in nostra.col.1.* gl. *in c.monachus.dist.77.* Socin. *cons.28.col 2.volum.3.* Gozad. *d.cons.13* Paris. *cons.88.col.4.vol.3.* Bald. *in l.fin.C.de fideicom.* Et magis credi nobili, quam ignobili, & magis viro quam fœminæ, patet ex iis, quæ paulo ante sunt allegata, & est dictum Pauli Castrens. *in l.admonendi.ff.de jurejur.& in l Lucius.ff. de his qui not.infam.* Si testes sint nobiles & spectatæ fidei, probitatis & integritatis, ut judicem adducant ad indubitatam fidem, judex non debet curare singularitatem, sed juxta illorum testimonium judicare, quod dictum valde commendat Hippol. *sing.114.* idemq; refert & sequitur Caccialup. *in repet.d.l.admonendi.charta 7.* faciuntque notata à Felino *in c. quia verosim liter. de præsumpt.* pluresq; allegat Mynsing. *d.obser.76.* & ultra eos Hippol. *cons.2.n.21.& cons.51.n.42.*

Atque jam sæpius meminimus, ipsius etiam actricis testem 1. in rotulo G. apud interr. spec. 17. asseruisse, famam esse, actricem sese levius & aliter, quàm puellam deceat, gessisse. Neque est dubitandum testibus judicialiter auditis, etiam paucioribus plus adhibendum esse fidei, quàm etiam pluribus extraiudicialiter examinatis, quandoquidem semper id, quod in judicio fit, maioris est autoritatis & effectus, quam id, quod fit extra judicium.

Multo minus juvare se potest actrix ex promotorialibus Reipublicæ X. quia illæ in effectu nihil aliud in se habent, quàm actricem eiusque parentes esse pauperes, ideoq; rogari Senatum G. ut controversia hæc citissime expediri possit.

Ministri autem quatuor X. nimium sunt affectionati propter præiudicium, quod ad relationem actricis reo non audito semel animo suo conceperunt, eorumque testimonium hac in re nullum esse potest, idque ex multis causis. Primum enim fatentur in suo scripto ab actrice sub num. 3. producto, daß die Clägerin sie vmb Gottes willen gebetten jhr einrähtig zu seyn / was gestalt sie sich verhalten / vnd Restitution jhrer Ehren fordern möge. Et in fine eiusdem scripti asserunt, Vnd dieweil wir in dieser Sachen viel molestirt, vnd endlich vmb Kundschafft vnsers gefühlens mitzutheilen von der armen Person / welche Armuts halben jr Recht nicht verfolgen kan / herzlich gebetten seyn / so haben wir mit gutem / rc. Deinde scriptum illud totum factum est ad narrata actricis, quemadmodum ipsi fatentur in principio illius scripti duobus locis.

Præterea sibi ipsis sunt contrarii, dum dicunt, actricem vi esse compressam à reo, & in summa hanc suam esse sententiam dicunt, Raptum sive stuprum vi factum capitaliter puniunt leges: Non violento constupratori præcipit Deus & ducat & dotet, cum tamen velint, reum debere actricem in matrimonium retinere. Ex quo colligimus, ut aut fateantur, nullam violentiam esse à reo in actricem commissam, aut ut thesi hypothesin inepte sibiq; ipsis contrarie attexuerint.

Itaque & ipsum instrumentum cum suis testibus corruit, nec ullam fidem meretur. Testis enim

231 enim † sibiipsi contrarius audiendus non est, sed in totum, ut falsus, repellendus, *cap. licet causam. de probat. Felin. in c. cum in tua. concl. 1. de testib. Mynsing. observ. 86. cent. 2.*

232 Nec † testis esse quis potest in ea causa, in qua consulit parti, à qua producitur, idque propter nimiam affectionem, quam ad causam habet, cum affectionatus & nimium benevolus à pari procedat cum consanguineo, *Bartol. & commun. DD. in d. l. admonendi. col. 8. vers. venio ad tertium. Alex. cons. 13. col. penult. vol. 3.* & iam supra multis allegationibus probatum est, proxenetis non credi, nisi utraque parte consentiente, eamq; esse communem Doctorum opinionem.

Eodem modo sicut actrix nihil profecit allegando honestatem vitæ suæ anteactæ, ita similiter non probavit ex adverso, reum inhonestius, præsertim in scortationibus vixisse. Nam cum Rei vita mala in specie probanda fuerit, atq; etiã actrix in specie probare voluerit, debuit minimùm singulos actus duobus testibus integris probare: alioqui enim disparitas singularitatem inducit, & per consequens testes tanquam singulares non probant, *d. c. licet causam. d. l. ob carmẽ. Felin. in d. c. licet ex quadam. Alex. cons. 141. n. 2. vol. 1. & cons. 92. nu. 20. vol. 5.*

At vero testes, quos produxit ad probandam vitam Rei inhonestiorem, multis defectibus laborant. Nam testis 9. in rotulo G. quod reo sit inimica, satis colligitur ex ipsius depositione apud interrog. spec. 3. Quinetiam sibiipsi est contraria: cum enim apud interrog. spec. 9. dixisset, se non posse sub iuramento suo asseverare, quod F. conquesta esset super ulla violentia aut facto Rei, contrarium tamen deponit apud interr. 13. & art. 28. aut ea depositio ita interpretanda erit, ut Reo præiudicare non possit.

Deponit etiam tantum de auditu, & ex quo
233 audiverit, non dicit, cuiusmodi † testis nihil probat, *d. l. testium. l. solam. C. de testib. not. in l. 2. §. idem Labeo. ff. de aqua pluv. arcen. Innocent. in cap. præterea. in cap. causam quæ. de testib. Joseph. Ludov. decis. Perus. 106. num 19.*

Nec obstat, quod apud interrog. spec. 8. dicit, quod ipsa reũ habeat pro homine levi, eo quod apud W. sese ita gesserit, ut aliter sese gerere debuerit: quia nihil in specie deponit, quomodò sese levem reus exhibuerit.

Friderica in ære vix habet quinquaginta florenos, atq; adeo pauper est, ut etiã ipsius actricis iudicio fidẽ non mereatur, quæ ob paupertatem alios repellere voluit. Præterea levis est & lotrix, nec potest dicere, reum cum Francisca rem habuisse, vel pudicitiam eius attentasse, solummodo id deponit, quod Franciscam querentem audierit, daß der Beklagte sie gar hart auff die Steigen gestossen / ex quo non infertur, quod vim ei inferre voluerit, siquidem id ex alio casu facile accidere potuit. Imo ipsa testis reum satis excusat apud interrog. spec. 6.

Quod autem ad ipsam testem attinet, quæ dicit, quod à reo ipsa solicitata fuerit apud interr. gener. 5. & interr. spec. 5. non tamen dicit, quod secum rem habuerit, & ut maxime id diceret, esset tamen singularis, nec dicit, quis fuerit, qui per gradus ascenderit, reumq; turbaverit: præ-
terea suam propriam turpitudinem allegaret,
quod † faciens testis non est audiendus, sed om- 234
nino repellendus, *Bald. in l. si duo patroni. §. idem Julianus. in fin. ff. de jurejur. Henric. Boic. & alii DD. in c. inquisitionis. §. tertia. de accusat. Vivius commun. opinion. lib. 2. opin. 285.*

Insuper à diversis fuit admonita antequam ad examen accessit, ut fatetur apud interr. gener. 14. & 19. ut maxima sit præsumptio, quod ab illis subornata fuerit, idq; eo magis, quod sese quasi obtulisse videatur ad testificandum, eo quod actrici jam multo ante dixisset de reo, ut est in de-
positione eius apud interr. gener. 5. Testis † au- 235
tem se offerens, suspectus est, & repelli debet, *Bart. in l. post legatum. §. is vero. ff. de his quib. ut indig. Spec. tit. de testib. §. qualiter. vers. volens ergo. & ibi Joan. Andr. in additione sua.*

Præterea apud interr. gener. 19. deponit prorsus extra contenta, quia ad id non directo & longe aliud, quàm de quo fuit interrogata, respondet. Testis autem extra contenta articuli vel interrogatorii deponens non probat, *d. c. cum causam. Bal. in d. l. testium. n. 6. Bar. & Bal. in l. si quis libertatem. ff. de petit. hered. Panorm. in c. de testib. col. 1. vers. venio nunc. de testib. & ibid. Felin. num. 3.*

Martina testis 5. sese ad testificandum obtulit, ut ipsa dicit apud interr. gener. 7. & jam ante indicavit matri actricis, quicquid sciret cõtra reum faciens apud interrog. gener. 14. & tamen negavit apud interrog. gener. 6. se cum quoquam ea de causa locutam esse. Quemadmodum etiam in eo sibiipsi est contraria, quod articul. 28. dicit verum esse per totum, & tamen apud interr. spec. 15. interrogata, Ob sich auch einige Weibsperson beklagt habe / daß der Beklagte jhr einige Unzucht zugemuhtet oder auch zugefügt habe / respondet, quod non fuit etiam hæc testis actricis hospita ad duos menses, & cum ea familiarissime est conversata, ut ipsa dicit apud interrog. spec. 2. Quare si ex actricis judicio Laurentius repellendus erat, quod ante multos annos familiaris fuisset patri Rei, necesse est, ut etiam ex suo ipsius judicio patiatur, hanc suam testem repelli, cum qua ipsa & mater ipsius hac etiam controversia pendente, familiariter fuit conversata, & quidem sub tecto & domo eadem, ut etiam multo meliori jure domesticitas huic testi obiici possit, quam ab actrice fuit objecta, D. & duabus Rei sororibus.

Antonii testis 4. eiusque uxoris testis 7. depositio tantum abest, ut reo adversetur, ut etiam pro eo plurimum faciat. Cum enim testis 7. prorsus nihil contra reum deponat, testis autem 4. dicat apud interrog. spec. 2. Annam quandam ancillam de reo conquestam esse: tamen, ut prætereamus testem 4. in eo esse singularem, nec contestem habere uxorem, in cuius tamen præsentia dicit, ancillam id conquestam esse, uterque testis dicit apud interrog. spec. 4. & 5. quod ancilla ea fuerit meretrix levissima, & apud interrog. spec. 6. quod ob scortationes è domo in qua fuit, exacta fuerit.

Quæ omnia cum ex actis ita sint manifesta, non probavit actrix, vitam Rei male anteactam in eodem delicti genere, præsertim quod

ad eam

ad eam probandam fœminas, & ex iis nonnullas
236 satis leves produxerit, cum † alioqui fœminæ naturali quodam suo vitio magis sint impudentes atq; mendaces quàm viri, ut Aristoteles *lib. 9. de historia animal. cap. 2.* observavit, & sequitur Andr. Barbat. *cons. 54. col. 11. vers. capio nunc. vol. 1.* & Petr. Roicius *decis. Lithuan. 3. n. 538.* atque alias etiam fœminarum testimonium solet esse suspectum ob ipsarum fragilitatem, *ut not. in c. fragiles. & in c. forus. ff. de verb. signif.* & mutabile est mulieris consilium, ut inquit gloss. *in l. 1. C. de confirm. tut.* solent enim sibi ad invicem inservire in matrimoniis, quæ quasi omnes mulieres affectant, *argum. c. 1. de frigid. & malef.* ut dicit Jac. Leonissa *inter cons. matrim. cons. 49. n. 10. tom. 1.*

Quod ad deliquium animi, quod reo X. contigit, attinet, id in mera coniectura est positum, provenisse ex mala Rei conscientia, arguitq; rursus fallaciam non causæ ut causæ. Neque enim mirum videri debet id deliquium reo ut calidioribus hypocaustis non admodum assueto contigisse, cum hypocaustum, in quo fuit, calidum, & ipse reus fenestras aperiri petierit, ut aliquid aëris hauriret, & petierit haustum cerevisiæ, quo sese refocillaret, præsertim cum adhuc esset jejunus, prout ex scripto ministrorum X. abunde constat, quo casu facile deliquium animi homini contingere non est incompertum. Et dici hic potest, Careat successibus opto Quisquis ab eventu facta notanda putat: nec probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *vulg. l. neq; natales. ubi gl. & Dd. C. de probat.* & Cicero *in secundo Rhetoricorum* dicit, ex ambiguo argumento non sumi certam rationem.

Non etiam obstat, Reo literas X. non resignatas à Consistorialibus G. remissas esse X. quia negatur, quod ipse hoc procuraverit, & jam ante dictum est, ipsos Consistoriales literis suis datis ad X. ministros, causam aperuisse, cur literas illas remiserint. Et bono fuisset reo, si à Consistorialibus fuissent resignatæ, quia absque dubio omni maluisset privatim & apud amicos hanc controversiam componi, quam in judiciarium aliquem processum deduci, qui verosimiliter lõginquus, eiusque exitus dubius futurus erat.

Male autem reo obiicitur, quod sibi contrarius fuerit, & idẽ modo dixerit, modo negaverit.
237 Neq; † enim tenebatur turpitudinem suam revelare, *c. 2. dudum. el 2. de elect. Bal. in l. 2. §. quod observari. C. de jurejur. propt. calum. idem in l. 1. C quom. & quando jud. Ang. in l. Marcellus. ff. rer. amot. Dd. in c. 2. de confess. in 6.* imo positioni criminosæ respondere quis non tenetur, ne cogatur detegere turpitudinem suam, *Speculat. in tit. de positio. § septimo. vers. decimonono. n. 40. Bart. in l. qui jurasse. § si pater. & ibi Alex. & Jas. ff. de jurejur. Panorm. in d. c. 2. nu. 16. & seq. de confess. in 6. Dec. in l. fi. n. 6. C. de edendo. & late Georg. Natta in repet. clemen. sæpe. §. & quia. col. 7. de verb. sig.* Quæ conclusio ea fundatur ratione, quia nemo tenetur seipsum prodere, *c. lis autoritatibus. vers. non tibi dico. de pœnit. dist. 1. & late Didac. Covar. lib. 1. var. resolut. n. 7.* præsertim si id fiat extra judicium, ut hoc casu, & ad instantiam parris, *Bal. in l. 2. col. fin. C. de exhib. reis. gl. & Ang. in l. ampliorum. in prin. C. de appellat. quos refert & sequitur Natta in d. §. & quia. col. 7. vers. & fallit secundo.*

Quinimo † negationis pœnas evitat, qui nõdum convictus sese corrigit, & quod reus potest 238
corrigere dictum suum, antequam convincatur, argumento est *c. præterea. de testib. cog.* textus *in l. de ætate. §. si. ff. de interrog. act. Blanc. in repet. l. fin. n. 69 ff. de quæst. Aretin in l. 1. §. si quis simpliciter. col. 2. vers. sed primum membrum ff. de verb. oblig. Jas. in l. duobus ff de jurejur. idem in §. ex maleficiis n. 27. inst. de act. Ang. in tract. malefic. in verb. comparuerunt dicti inquisiti, & negaverunt totum. nu. 21. Roman. cons. 59. col. fin. post glossam, quam dicit communiter approbatam in l. fi. C. de confess. & cons. 70. col. 3.* Et quod pœna, quæ pro-
pter † mendacium incurritur, evitetur, si quis 239
ante litem contestatam mendacium revocavit, est text. *in l. electio. §. neq; hered. ubi Bal. ff. de noxal. act.* & tradit Alex. *in l. licet hoc ita. §. hoc autem. ff. de re judic.* & post eum Dec. *in l. 2. n. 27. C. de edend.*

Cum igitur ea, quæ reo obiiciuntur, ut à vero aliena, non solum ante litem contestatam, verum etiam ante controversiam judicialiter motam revocaverit, & vera confessus fuerit, nihil ei hoc nomine est imputandum, sed ut in iis, ita etiam in aliis veritatem sincere confessum esse dicendum est.

Atq; cum illa omnia, ut hucusque ex actis & jure deducta sunt, ita se habeãt, apparet præsumptiones, quæ supra secundo capite contra reum, & pro actrice sunt allata, omnes cessare. Si enim præsumptionibus certandum est, & cumprimis illis, quæ ex honestate vitæ ab actrice anteactæ resultare videntur, manifestum est, eas evidentissimis præsumptionibus aliis à reo allatis elisas esse, cum præsertim & illud reus ex communi
jure pro se habeat, quod † violentia non præsu- 240
matur, sed potius contrarium præsumi debeat, donec clare violentia probetur, *l. non est. ff. quod met. caus. l. metum. C. eod. Dec. consil. 219. num. 6. Paris. cons. 10. num. 36. volum. 1. & cons. 67. num. 61. vol. 2. Menoch. cons. 2. num. 326. & seq. volum. 1. Alciat. in l. interpositas. num 3. C. de transact.*

Præsumptionem autem † præsumptione tol- 241
li, est textus *in cap. accedens. de crimin. fals. cap. tuam. & ibidem gloss. de sponsal. cap. transmissa. qui filii sint legitimi. l. divus. ff. de in integr. restitut. l. non solum. ff. de ritu nupt. l. 1. in fin. C. qui & adversus quos. l. si quis adulterii. C. ad legem Jul. de adulter. gloss. in cap. ex literis. in verb. ad plenum. de restitut. in integrum. Doctores in l. sive possideris. C. de probat. Speculat. in titul. de expens. §. quartò. versicul. in hoc. Menoch. de arbitr. judic. quæst. lib. 1. quæst. 76. num. 19. Alciat. respons. 2. numero 17 & respons. 316. num. 5. Cravett. consil. 250. nu. 2. & consil. 258. num. 21. volum. 2. Joan. Petr. Anchar. in quæstionibus suis aureis, quæst. 7. num. 6. & quæst. 38. num. 6.*

Ut enim Rei probationes non solum in genere, sed etiam in specie factæ sunt, ita præsumptiones, quæ inde resultant, non generales tantum sunt, sed etiam speciales, ut etiam eo casu, quo actrix præsumptiones suas generales pro-
basset, præsumptiones † tamen speciales Rei 242
istis sint anteferendæ, *per dictam l. divus. & l. cum de indebito. ff. de probat. Deneri de regulis juris in 6. Alexand. consil. 87. colum. 3. versic. nec prædictis. volum. 3. & consil 180. colum. 7. versicul. præterea. volum. 5. quam allegat & sequitur Paris. consil. 29. num. 87. volum. 2.*

Et mili-

Et militant contra actricem præsumptiones
243 plures, † quam pro ipsa, ut ex hoc etiam fundamento, etiam stante, quod actrix suas præsumptiones probasset, præsumptiones à reo deductæ illis sint proponendæ, secundum notata *in c. 1. de treug. & pace. Cravet. consil. 145. num. 11. Alciat. regul. 3. præsumpt 37. num. 9. & seq. Bursat. consil. 89. num. 2. & consil. 111. num. 19.*

Præterea præsumptiones contra actricem mi-
244 litantes sunt majores, † ut hic etiam dicendum sit, præsumptionem minorem cedere majori, *Alciat. resp. 269. num. 2. Curt. jun. consil. 35. num. 6. &*
245 *consil. 163. num. 22.* imo sunt etiam fortiores, † quibus debiliores, quæ sunt pro actrice, tolluntur, *gloss. in d. c. transmissæ. & ibi Panormit. & alii Canonistæ communiter, & notatur in c. per tuas. de probat. gloss. in c. Michael. de fil. presbyter. l. eum qui. ubi Bald. & Castrens. C. de Episcop. & cleric. & clem. transactionem. ubi Doctores de transact. Cravet. consil. 232. num. 6.* atque hic inter alia locum etiam habet, quod præsum-
246 ptiones † delictorum exclusivæ semper præferantur aliis delicti inclusivis, *Riminald. consil. 136. num. 15. vol. 1. Bursat. consil. 94. num. 22.*

Quare non dubitamus in hoc puncto violentiæ concludere reum actricis probationes, si quę modo fuerunt, sufficienter elisisse, nec esse attendenda, quæ ab actrice de vi sibi à reo circa hoc stuprum illata, in medium allata sunt, & quibus illa magna exaggeratione, & varia inculcatione toti controversiæ à sua parte magnum colorem addere, & reum etiam ratione dotis & matrimonii gravare conatur. Et vero hoc minus ita concludere dubitamus, quod ipsa actrix tacite concedere videtur, sibi vim illatam non esse, eo quod sese de vi non agere manifesto protestatur, & quod Reum in matrimonium petat, quod sciret, per magistratum nō futurum esse, si vis es-
247 set adhibita, siquidem eo casu † reus puniendus foret capitaliter, *§. item lex Julia. de adulter. Instit. de public. judic. Clar. in § stuprum. num. 3. Dambouder. in pract. crimin. cap. 92. num. 4. Wesembec. in d. § item lex Julia. de adulter. & in Paratitl. ff. ad l. Jul. de adulter. nu. 20. eoq; pertinet Imperii constitutio pœnalis, artic. 119.*

Deinde, ne ipsi quidem ministri quatuor actricis Consiliarii affirmare possunt, vim aliquam à reo in actricem adhibitam esse: quin potius ex eo, quod in scripto suo eam suam esse sententiam ponunt, ut reus actricem in matrimonium ducat, satis arguunt, nisi sibiipsis contrarii esse velint, non existimare, se actricem vi à reo compressam esse, alioqui enim si id existimassent, aut credidissent, pronunciassent secundum thesin à se positam, reum capitaliter puniendum esse. Et quod non crediderint, vim à reo adhibitam esse unus ex illis, & quidem ab ipsa actrice in testem productus, testis 6. apud art. 11. expressis verbis deponit, dicens, sibi non videri verosimile, quod reus actricem vi compresserit, assignando præterea ibidem causas, cur non sit verosimile.

Unde rursus consequitur, tantum abesse, ut actrix vel præsumptive, vel in veritate probaverit, vim sibi esse illatam, ut potius contrarium, quod vis ei illata non fuerit, & ex ipsius actricis testibus & scripturis constet, atque ex multis aliis superius allegatis & deductis evidentissime sit probatum & demonstratum. Quæ negativæ probatio à reo facta, & pro ipso militans, eo magis est attendenda, quod † ad ejus probationem, 248
quippe qui tot & tantas pro se haberet præsumptiones, non astrictus esset, *per l. cum pater. §. rogo. ff. de legat. 2. Alexand. consil. 190. col. 6. vol. 6. Paris. consil. 22. col. 2. vol. 2. Corne. consil. 298. col. penult. & ult. volum. 1.*

Etiamsi vero † etiam sese ad eam probandam 249
astrinxisset, neq; probasset, ob id tamen privilegium præsumptionis non amisisset. *Joan. Ign. in l. non necessarias. §. non alias nu. 199. ff. ad Senatusc. Syllan. Bart. in l. circa. ff. de probat. Dec. & alii in l. qui accusare. C. de edend. Cravet. consil. 192. col. 8.* quia † reus 250
probationem alicujus in se recipiens, semper intelligitur id facere jure absolutionis salvo, quæ fieri debet & solet, actore non probante, *gloss. in d. l. circa. in fin. versic. an videatur renunciare. quam sequitur ibid. Bart. & in l. Divus. col. 2. versic. item in reo. ff. de re judic.* & eam dicit veram & communiter approbatam Felin. *in c. cum causam. num 1. de re judic.* post Fulgos. & alios per eum citatos, Salyc. *in l. 2. & in l. frustra. C. de probat.* Hippol. *in l. unius. § in ea. num. 4. & seq. ff. de quæstio.* qui ad hanc rem multos alios allegat.

His ita de jure expeditis, restat, ut videamus de altero eoq; potissimo actricis fundamento, nempe de fide matrimonii, sibi à reo, ut prætendit, data.

Eam fidem & matrimonium, cum reus à se promissum esse neget, ab actrice omnino probanda fuerit, per jura vulgatissima. Cum enim
contractus, † qualis est matrimonium, facti sint, 251
l. consilio. §. fin. ff. de curat. furios. Doctor. in l. 1. ff. de verb. obligat. non † præsumuntur, *text in c. cum in jure.* 252
de offic. judic. deleg. & in c. 1. de constitut. in 6. l. in bello. §. factæ. ff. de captiv. & postlim. revers. l. asseveratio. C. de non numer. pecun. l. 1. C. de probat.

Et in specie, quod † matrimonium non præ- 253
sumatur, cum facti sit, est text. *in c. illud. de præsumpt c. aliter. 30. quæst. 5. Bartol. consil. 42. lib. 1. Corne. consil. 68. num 13. lib. 3. Alex. consil 150. num. 1. & consil. 154. num. 1. vol. 6. Paris. consil. 59. num. 1. & consil. 61. num. 1. lib. 4. Socin jun. consil. 86. num 5. & consil. 88. num. 7. lib. 2. Menoch. consil. 199. num. 2. lib. 2. Dec in l. si emancipati num. 3. C. de colla. Paleot. in tractat. de nothis c. 20. num. 1. & 6. Wesemb. consil. 44. num. 32.* id-
eoq; † asserenti non neganti matrimonium con 254
tractum esse, probatio incumbat, *est text. in §. quoniam. Auth. quib. mod natur. effic. sui. c. 1. de consang. & affinit. c. licet. de testib. c. 2. de clandest. despons. Doctor. in l. non epistolis. C de probat. Corne. consil. 68. num. 14. vol. 1. Cephal. consil 540. num. 19. lib. 4. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 1. num. 2. Martin Laud. inter cons. matrim. consil. 16. num. 1. tom. 1.* eamq; sententiam jure civili & canonico receptam testatur Socin. *consil. 39. num. 3. vol. 1.*

In tantum etiam, ut ei, qui matrimonium
contractum esse dicit, non † sufficiant probatio- 255
nes leves, sed requirantur probationes luce meridiana clariores, *gloss. in d c. 1. de consang. & affinit. gloss. in c. literis. de testib. Barbat. consil. 54. col. 3. volum. 1.* idq; inter consilia matrimonialia sequuntur Castrens. *consil. 34. num 4. & 5.* Rubeus *consil. 73 num. 11.* Gratus *consil. 75. num. 22. tom. 1.* & plene *gloss. in c. mulieri. de jurejurand. Felin. in d. cap. illud. colum fin.*

Bald.consil.196.volum.3. Alexand.consil.143.colum.2. in princip.volum.2.

256 Comparantur enim † causæ matrimoniales causis criminalibus, *c. penult. de in integr. restitut.Bald.in cap.ad nostram.de probat. Accurs. Bart. Castrens. Alexand. & cæteri in l.3.§.quacunque.ff.de jurejurand.* atque id communiter esse receptum attestatur Andreas Gail.*lib.2.observat.pract.94.num.1.* allegans ad hoc Alexand. *d.consil.43. num.4. & in d.l.3.num.2.* Dec.*consil.133.num.1.& consil.699. num.9.* Zas.*consil.3.num.27.volum.2.* quippe quæ

257 causam † status contineant, per vulgatam gloss. *in c.mulieri. de jurejurand. Leoniss. consil.matrimo.49. num.92.volum.1. Laur. de Pinu consil.71.num.2. volum.eod.* cum matrimonium servitus quædam sit, & quidem dura, ut dicit Bald. *in l.in bona fide.colum.1.C.de reb.credit.* & ad idem faciunt glossa & Doctores *in d.c.mulieri.* Butrigar.& Abb. *in c.pro debilitate.de offic.delegat.* Alexand. *consil.152.num.7. in fin. & consil.155.num.4.volum.5.* Paris. *consil.61. num.6.volum.4.* Grammat.*consil.criminal.26.num.17.* Menoch.*consil.69.num.59.volum.1.* Cephal. *consil.421.num.1.volum.3.* Joan. Lup. *in rubr.ff.de donat.inter vir.& uxor.colum.8.versic.quoad primam.* Anton. Gravat.*consil.matrimon.81.num.3.* Atque

258 eam ob causam causæ † matrimoniales dicuntur esse graves, *Laur.de Pinu d.consil.71.num.15.Galeaz.consil.matrimon.83.num.3.volum 1.* & arduæ, *Alexand.consil.152.colum.4.vol.5. Merend.consil.matrimon.86.num.2.volum.1. Menoch.de arbitrar.judic. quæstio.casu 205.num.7.* atque magni præjudicii, *Speculat.in tit.de rescript.præsent.§.ratione.versic.venio ad instruct. Panormit.& alii in d.c.si pro debilitate. Dec.consil.133 & 310. Paris.consil.53.num.8.volum.3. Zas.d.consil.3.num.1.ubi plures allegat.*

259 Unde † communiter receptum est, ut in causis matrimonialibus testes non admittantur, nisi omni exceptione majores, *Panormit.in d.c.si pro debilitate. Felin.in rubr.de sponsal.num.15. Doctores in c.in literis.de testib. Alexand.consil.156.volum.5. Dec. consil.134.& consil.163 & consil.311.in princip. Boer. consil.40.num.16. Grammat.consil.26.num.18.& seq. Paris.consil.55.num.18.& consil.590.num.3.& seq.volum.4. Ruin.consil.130.num.7.volum.4. Cravett. consil.169.num.2. Marc.Mantua.consil.62.numer.32.*

Debent vero probationes in præsenti hoc nostro casu esse eo fortiores, quia contra assertum matrimonium non paucæ militant præsumptio-

260 nes, quod contractum non sit, cum alias † etiam in causis levioribus sit receptum, ut contra quem est præsumptio, is probandi onere sit gravandus, per allegata à Mynsing. *observat.86.centur.5.* Roland. à Valle *consil.49.num.56.volum.1.* Bruno *consil.509.num.1.* & Menoch. *consil.21.nu-*

261 *mer.3.volum.1.* Qui † enim præsumptionem pro se habet saltem unam vel alteram, eo ipso sufficienter probasse censetur, donec contrariũ ab adversario sit demonstratum, gloss. *in l.si tutor. C.de pericul.tutor. Hippolyt. in rubr. C.de probat. num.189. Dec.consil.426.num.2 & 4. Paris.consil.3.num.13.volum.3. Menoch.de arbitrar.judic.quæstio.casu 115.num.7.& Didac.Covarr.post multos alios à se adductos lib.2.*

262 *variar.resolut.cap.6.num.1.* & quod † quando contra aliquem est præsumptio, tunc ab eo fortiores probationes requirantur, tradunt Lancell. Corrad.*de probat.num.31.* Panormit. *in c.quia verosimile.per illum textum, notab.2.de præsumpt.& consil.11.colum.2.dub.2.volum.1.* & Craver. *consil.54. num.11.& consil.75.num.12.& consil.129.num.13.& consil.134.num.10.volum.1.* quibus omnibus locis idem Cravetta addit, quod ideo probationes, quæ fiunt adversus præsumptionem juris, debeant esse apertissimę,& tales testes, de quibus nulla omnino sit verosimilis dubitatio, quod pejerare voluerint, idemq; proditum est à glossa & Doctoribus *in l.transactione.C.de transact. Jas.in l.si extraneus.not.6.ff.de condict.ob caus.* & alii, quos laudat Cravetta dictis locis.

Est autem † solitum, ut hi, qui matrimonium 263
inter se contrahunt sibi invicem ad confirmationem, & probationem actus dent aliquas arrhas, quod verosimile non est in actu, præsertim hoc clandestino partes litigantes omissuras fuisse, si matrimonii fidem invicem dedissent, de quibus tamen nihil omnino apparet, nec quidquam probatum est: atque hoc † argumentum à solitis 264
in jure esse validum, tradunt Bart. & alii Doctores *in l.certi condictio.§.numos.ff.de reb.credit.si cert.petat.* late Nicol. Everhard. *in Topicis legal.in loco à solitis.* Cravet. *consil.97.num 6.* atq; ita in terminis matrimonialibus consuluit Gratus *consil. matrim. 75 num.36.vol.1.* dicens, quod hoc argumentum necessario & concludenter probet, quia concludat à † communiter accidentibus, quod in jure 265
esse fortissimum, est glossa *in l nam ad ea. & in l & ideo. ff. de legib.* glossa & Doctores communiter *in l.neq; natales. C.de probat.* Bald. *in c.fin.de caus.possess. & propriet.* Grat. *d.consil.75.num.37.* Cacher. *decis. Pedemont.44.num.4.* Roman.*singul.402.* ubi dicit, argumentum à communiter accidentibus esse utile,quia probandi onus in adversariũ transferat.

Neq; est verosimile reum, ut qui satis nosset, ob diuitias & opes splendidum matrimonium sibi posse cõtingere,tantopere appetiisse nuptias actricis, quæ est pauperrima, præsertim ut ejusmodi medio, nempe stupri id adipisceretur, quod alias sine difficultate adipisci poterat. Quod † autem verosimile non est, speciem ha- 266
bet falsitatis, per allegata à Nicol. Everh. *in Topic legal.in loco à verosimili.* Disparitas † vero per- 267
sonarum magnam præsumptionem matrimonii nõ contracti inducit, *c.1.& ibi gl.30.quæst.1.c.super eo.de testib.* & notatur *in l.donationes in concub.ff.de donat.& in l.Imperial.§.imo.C.de nupt.*& ad idem est gloss. *in c.aliter.30.quæst.5.* eodemq; facit *d.c.quia verosimile.* Cæpoll. *cautel.250.versic.sed adnecte.* Jas. *consil.234.in fin.volum.2.* atq; ita in terminis divitis & pauperis respondit Anto. Gravat.*consil.matrimon.81.num.45.*

Præterea actrix diu tacuit, nec cuiquam hominũ,atq; ne suis quidem parentibus tam splendidam fortunam,quæ sibi obtigisset,significavit, cum tamen facile intelligere potuerit,etiamsi significasset, quod nec parentes ipsius turpitudinem detecturi fuissent, nec reus potestatem id, quod semel promisisset, revocandi habuerit, atque alias etiam mulieres naturali quodam suo vitio sint loquaciores, & difficilius res suas, præsertim secundas, dissimulare possint, ut ita alterutrum ex taciturnitate illa colligendum sit, aut verum non esse, quod reus ipsi quidpiam promiserit,

ferit, aut dolose & fraudulenter actricem in hac
268 re tota egisse. Nam † ex taciturnitate in commodum
sui & præjudicium alterius dolum argui,
textus est *in l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædilit. edict.
cum similibus capite secundo allegatis.*

Et vero reum à matrimonio actricis alienum
fuisse, ac per consequens ipsi matrimonii fidem
non dedisse, præsumi potest ex eo, quod intra
paucorum mensium spacium à stupro commisso
sibi aliam legitime desponsare voluit, quod
utique eum facturum fuisse, verosimile non est,
si actricis matrimonium tantopere affectasset.

Quibus accedit, matrimonium allegatum esse
clandestinum, & de ejusmodi matrimonio agi,
de quo non constat, & quod adeo non præsumitur,
*c. 1. 35. quæst. 1. gl. & Doctor. in c. 2. de clandest. desponsf.
gl. in c. illud. vers. uxorem. ubi Doctor. de præsumpt.
Felin. in c. per tuas de probat. Socin. jun. consil. 39. num. 5.*
269 *volum. 1.* Hujusmodi autem matrimoniis, † quæ
clam & minus solenniter contracta dicuntur, adversantur
juris præsumptiones, *c. fin. § si quis vero.
de clandest. desponf. l. fin. ff. de rit. nupt. gl. & Bald. in l. 1.
C. de indict. viduit. toll. Dec. & Cagnol. in l. prohibere. §.
clam. ff. quod vi aut clam. Parif. consil. 57. num. 4. volum.
4.* adeo ut textus *in c. 1. 30. quæst. 1.* dicat, hæc clandestina
matrimonia potius adulteria, quam conjugia
esse, quem textum adducit Didac. Covarr.
in sua Epit. in lib. 4. decretal. part. 2. cap. 6 nu. 7. ostendens
ibid. num. 8. mortaliter peccare, qui matrimonium
clandestinum contrahunt, nisi adsit
causa aliqua, ex qua talis contractus ob aliquam
circumstantiam videri possit licitus.

Eo vero minus in casu præsenti præsumi debet
matrimonium ullum inter actricem & reum
esse contractum, cum uterq; computatione graduum,
secundum jus Canonicum facta, in tertio
cognationis gradu sibi invicem sint juncti, ut patet
ex actricis positionali articul. 2. & affirmativa
rei ad eum facta responsione, ac proinde matrimonium
inter se de jure contrahere non potue-
270 rint, utpote, † quod in eo gradu matrimonium
contrahere jure sit prohibitum, *c. penult. & ult. de
consang. & affin.* nec desunt reformatæ Ecclesiæ in
Germania, in quibus eo gradu matrimoniũ non
admittitur, nisi linea sit æqualis, & dispensatio à
magistratu impetrata, atq; in Saxoniæ reformatis
Ecclesiis simpliciter tertio etiam gradu, & usque
ad quartum exclusive interdicta esse matrimonia,
testatur Wesemb. *in paratitl. ff. de rit. nupt.*
271 *n. 4.* Sane † juri Canonico in causis matrimonialibus
iis casibus, quibus inde per aliquam peculiarem
ordinationem aliquo loco non est recessum,
standũ esse, & matrimonia contra ejus prohibitionem
contracta non subsistere receptissima
est Canonistarũ & Legistarum sententia, per
textus *in c. penult. & ult. de secund. nupt. & in c. per venerabilem
qui fil. sint legit.* eamq; sententiam nõ solum
in foro Ecclesiastico, sed etiam in politico &
in terris Imperii servandam esse, tenent gloss. &
Doctor. *in §. hactenus. Instit. de grad. cognat.* itemq;
Doctor. *in l. Jurisconsultus. §. item. ff. de grad. & affinit.
& in c. fin. de oper. nov. nunciat.* Idem tradunt reformatarum
Ecclesiarum Jurisconsulti celeberrimi,
ex quibus sunt Wesembec. *in paratitl. ff. de ritu
nupt. num. 4. & consil. 44. num. 37.* Hieronymus
Schurff. *consil. 1. num. 16. cent. 1.* Mynsing. *ad tit. Instit.
de grad. cognat. in præfat. num. 2.* Schneidwein
*ad tit. Instit. de nupt. sub capt. de arbor. consang. & affinit.
num. 11.* ubi ait, in materia spirituali in utroq;
foro & Ecclesiæ & Imperii servari jus Canonicum,
ut in causis matrimonialibus, præscriptionis
& usurarum, *& ibid. sub cap. de arbor. affinit. num.
14.* quia hoc casu, inquit, jus civile expresse non
reperitur correctum à jure Canonico, in nostris
consistoriis sequimur dispositionem juris civilis,
quibus verbis ostendit consistoria reformatarũ
Ecclesiarum in Saxonia in causis matrimonialibus
sequi jus Canonicum, cum expresse per id
casus decisus est. Unusquisq; autem † præsumi- 272
tur secundum leges matrimoniũ contrahere, &
se juri conformare velle, *l. curatores §. fin. ff. de administ.
rer. ad civit. pertin. Castrens. consil. 371. colum. 2.
volum. 2. Philipp. Port. consil. 2. num. 32. Cravet. consil.
77. num. 9. volum. 1.* & in dubio † semper creden- 273
dum & præsumendum est, quod honestum esse
constat, *Bart. in l. non solum. §. sed ut. ff. de oper. novi
nunciat. Paleot. de noth. & spur. cap. 20. num. 3. & 4.
Parif. consil. 10. num. 5. volum. 2.* cum semper in dubio
præsumptio fieri debeat in partem meliorem,
*l. semper in dubiis. & l. rapienda. ff. de regul. jur. l.
penult. ff. de pœn. c. fin. de præsumpt.*

Sed si ulterius in præsenti causa circumspiciamus,
occurrent ex actis etiam alia fundamenta,
quæ actricis intentioni, quoad matrimonium
adversantur, & reum ab ejus petitione hac in
parte absolvendum esse urgent. Fatetur enim actrix,
sibi nihil tale cogitanti, multo minus stipulanti,
ultro & sponte matrimonium promisisse,
quod tamen ut perterrita, ob stuprum sibi illatum,
& quod nihil ipsi de hujusmodi rebus esset
compertum, non intellexisset: quo ipso fatetur,
sese tum in matrimonium non consensisse: quod
si vero promissio non ea nocte, qua primum stuprum
est commissum, facta est, sed alio tempore,
multo minus consensit, quia ipsa alio tempore
sibi promissionem factam esse negat, imo se
unquam consensisse non probat, atq; ut probet,
se consensisse, non tamen probavit ex continenti
consensum istiusmodi à se esse adhibitum. At
vero matrimonia † substantialiter dependent à 274
consensu, ita ut solus consensus nuptias facere
dicatur, textus est *in l. nuptias. ff. de regul jur. l. sponsalia.
ff. de sponsal. §. nuptias itaq;. Auth. de nupt. §. illud.
Auth. quib. mod. natural. effic. legit. l. fin. in princ. C. d. repud.
c. cum locum. de sponsal. c. sufficiat. c. matrimonium.
27. quæst. 2.* Dec. & alii *in d. l. nuptias.* Cacheran. *decis.
Pedemont. 154 num. 6.* Didac. Covar. *in sua Epit.
lib. 4. decretal. part. 2. cap. 2. num. 1.* ubi dicit, jura civilia
& canonica id profiteri, & adeo verum esse, ut
ne summus quidem Pontifex possit legem condere,
qua caveatur matrimonium quandoq; sine
consensu constitui: & generaliter à multis traditum
est, quod quando consensus requiritur ad
solennitatem, sive ad substantiam actus, tum is
intervenire debeat in ipso actu, & non sufficiat,
quod postea intervenit, inter quos sunt Philip.
Franc. *in c. ratum. de regul. jur.* Afflict. *in c. Imperialem.
in princip. versic. vigesimoquarto. num. 12.* Calcan.
consil. 57. num. 4. & 5. Curt. jun. *consil. 100. num. 6.*
& plures pro more suo accumulat Tiraquell. *de
legib. connub. in verb. consentement. num. 3. & seq.* ad-

L 2 eout

275 eo † ut ne ratificatio quidem subsecuta confir-
met, id quod ante factum est, prout docet Fe-
lin. *in cap. cum dilecto. colum. 6. versic. sextum signum.*
& colum. 19. versic. amplia quinto. de rescript. & in cap.
nonnulli. versicul. sunt alii. num. 40. & seq. eod. post
Bartolum, Baldum, Imolam, & alios per eum
allegatos, & post Felinum idem tradunt Ripa *in*
l. ita stipulatus. num. 7. ff. de verborum obligat. & Bar-
tholom. Chassan. *in consuetud. Burgund. rubr. 4. §.*
1. in verb. sans licence. num. 1. & 2. & latius in eadem
rubr. §. 7. in verb. si ce n'est du consentement. num. 4.
quibus adstipulatur Andreas Tiraquell. *in tra-*
ctat. de jure primogen. quæstio. 34. numer. 10. dicens,
quod qualitas substantialis superveniens nihil o-
peratur, si deficiat tempore necessario. Et in
276 specie, quod † consensus, qui in matrimonio
contrahendo requiritur, esse debeat continuus
& simultaneus, adeo ut si in continenti alterius
contrahentis responsio non sequatur, matrimo-
nium non valeat, tenent non pauci Doctores,
in quibus sunt Speculat. *in tit. de sponsal. in princip.*
versic. teneo ergo matrimonium. Bonaguid. *in c. si in-*
ter. de sponsal. & *ibidem* post eum Joannes Andr. *in*
princip. Anton. de Butr. *in versic quæro primo.* Bald.
in c. cum consuetudinis. colum. 2. in fin. versic. pone ex-
emplum. de consuetud. Lap. *allegat 58. incip punctum*
quæstionis. Paris. *consil. 55. num. 14. volum. 4.* & non-
nulli alii *ibidem* ab eo adducti, inter quos Panor-
mit. *in c dilectus. in fin. de sponsal.* dicit, tutius & ve-
rius esse, ut consensus præstetur simul, & non
277 per intervallum. Et quamvis † Hostiensis &.
Præpositus *in d. cap. si inter.* Angel. Ancharan. &
Philip. Franc. *in c. fin. de procurat. in 6.* Jas. *in l. si sti-*
puler. §. fin. versic. adde quod idem est. num 3. ff. de ver-
bor. obligat. Crotus *in l. 1. §. 1. in lect. 2. in fin. ff. eod.* &
alii allegati à Paris. *d. consil. 55. num. 15.* in contra-
ria fuerint sententia, ut existimaverint, in ma-
trimonio etiam ex intervallo & inter absen-
tes consensum accedere posse, eaque sententia
communis esse dicatur, teste Parisio *jam citato*
loco, declarant tamen iidem Doctores, id verum
esse, quando is, qui primus consensit, in sua per-
severat voluntate, usque ad illud tempus, quo
secundus suum consensum præstitit, illo vero
primo consentiente non perseverante in sua vo-
luntate, perinde esse, ac si nullo modo consen-
sus aliquis interveniat, etiamsi alter postea se
consentire asseratat, idq; fuse ostendit Paris. *d. con-*
sil 55. num. 16. ubi inter cætera ait, textum ea de
re esse formalem, *in d. c. fin. de procurat. in 6.* & o-
mnes id ibi firmare.

Jam vero in hac causa in illis sumus terminis,
ubi de nullo actricis consensu constat ex actis;
neque etiam de ullo consensu rei; tantum abest,
ut legitimo modo & verum consensum interve-
nisse dici possit.

Præterea, etiamsi ponatur reum, qui alioqui
se quidquam actrici promisisse negat, matrimo-
nium promisisse sub conditione hac, *Si liberos ex*
sese pareret, tamen ne hoc quidem actrici patro-
cinaretur, nec efficeret, ut dici posset, matri-
monium esse contractum. Nam expediti juris
278 est, quod † conditio nihil ponat in esse, quod-
que ea, quæ sunt in conditione, non sunt in ob-
ligatione, *l. cedere diem. versic. ubi sub conditione. ff. de*
verbor. significat. l. proinde. ff. de reb. credit. si cert petat.
Jas. in l. si mihi. §. in legatis. num. 3. lect. 2. ff. de legat. 1.
& quod † conditio efficiat, ut actus sit in sus- 279
penso, *l. qua sub conditione. ff. de condit. instit. l. si quis*
sub conditione. ff. si quis omiss. caus. testam. c. si pro te. ubi
gloss. & Doctores, de rescript. in 6. Et generale est, ut
si † quid sub conditione contrahitur, ante o- 280
mnia conditionem impleri oporteat, ut actus
sustineatur, *d. l. cedere diem. l. hac venditio. ff. de con-*
trahend. empt. Bartol. in l. Mævius. ff. de condit. & de-
monstrat. Plot. in l si quando. num. 34. C. unde vi. Dec.
consil. 629. num. 1. & consil. 607. num. 7. Ambaran.
consil. 297. colum. 1. Ruin. consil. 65 num. 4 volum. 4.
& consil. 35. num. 13. volum. 5. Quodq; † matri- 281
monium sub aliqua conditione, neque turpi,
neque impossibili, sed honesta, & à jure non re-
jecta contractum, interim perfectum non dica-
tur, sed illius validitas, donec conditio imple-
ta sit, suspendatur, est textus *in cap. de illis. & in*
cap. super eo. & in c. fin. de condit apposit. atque id do-
cent etiam Innocentius, Joannes Andreæ, Car-
dinalis, Panormitanus, & Præpositus *in d. cap. de*
illis. dicentes, ad conjugium non tantum exigi
verba præsentem consensum exprimentia, sed
oportere verba illa esse libera à conditione, quæ
ipsum suspendat, alioqui non esset conjugalis
consensus præsens, sed futurus in conditionis e-
ventum, quod ita ex jam adductis Doctoribus
refert & sequitur Didac. Covarr. *in Epitome lib.*
4. decretal. part. 2. cap 3 num 2. addens & alios inter-
pretes hujus sententiæ suffragatores.

Cum vero † nunc conditio illa defecerit, & 282
actrix ex reo gravida facta non fuerit, multo mi-
nus pepererit, consequens est, ut conditione
illa defecta etiam ipse actus, tametsi ab initio a-
liquo modo subsisteret, deficiat, perinde ac si
in rerum natura nunquam fuisset, *d. l. Mævius. l.*
qui heredem. ff. de conditionib. & demonstrationib. l.
pecuniam quam. ubi Alexand. numer. 4. ff. de rebus cre-
dit. si certum petat. Paris. consil. 31. num. 7. volum. 4.
Bursat. consil. 151. num. 6. Cacheran. decis. Pedemont.
50. num. 12. Paria † enim sunt, nihil fieri, aut 283
fieri sub conditione aliqua, quæ non purifica-
tur, *Ripa lib. 2. respons. cap. 2. num 23. Curt jun. con-*
sil. 92. num. 6. volum. 1. Conditio † etiam & cau- 284
sa finalis in idem recidere censentur, Tiraquell.
in tractat. cessante causa. part 1. limit. 1 num 56 60. &
61. Bald. in Authent. matri. Cod. quando mul. tut. of-
fic. Wesembec. consil 16. num. 9. Gail. lib. 2. observat.
pract. 132. numer. 4. Causa † vero ejusmodi, ut 285
ampliat, ita etiam restringit & coarctat totam
obligationem, *Socin senior consil. 165 num. 21 vo-*
lum. 2. Paris. consil. 84 numer. 12. & consil. 113. numer.
22. volum. 1. Wesembec. d. consil 16. num. 5. ideoque
hic † locum habet, quod cessante causa cessat 286
effectus, *gloss. in l. generaliter. verb. derelictu. Cod. de*
Episcop. & cleric. per illum textum, & l final. ff. de te-
stament. tutelar. Tiraquell in tractat. cessante causa.
Quamobrem cum conditio, sub qua reus di-
xit, sese actricem in matrimonium ducturum
non sit impleta, sed omnino defecerit, vel
hoc solo nomine perinde est, ac si nul-
lus omnino consensus aut promissio interve-
nisset.

Accedit vero illis omnibus, quæ hactenus sunt
adducta, transactio super hac controversia in-
ter reum, ejusq; patrem, & actricem, ejusq; pa-
rentes

287 rentes facta, qua † omnis lis, si quæ eo nomine erat, aut tentari poterat, sublata est, *l.1.ff.de transact. c.1.de litis contestat.in 6.l fratris.C.de transact.Bartol.in l.fin.ff pro suo. Idem in l.3.C.de exceptio.* adeo ut pœnitentiæ amplius locus non sit, *l.quamvis. & ibi communiter Doctor. C. de transact. gloss.& Doctor.in l.si pecuniam. ff.de condict ob caus.dat. Alex. & Jas.in l. dedi. ff. eod.* nec etiam principis rescripto infringi posset, *l causas. C.de transact. Octav.Cacher.decis.Pe-*
288 *dem.91.num.7.* Nam † transactio & res judicata æquiparantur, *l.non minorem.C.de transact.l.2.ff.de jurejur.l.post rem.ff.de re judic.* ideoq; omnia jura & omnes probationes, tam testium, quam instrumentorum facta transactione annullantur, *c.1.de transactio.* quem textum ad hoc multum extollit Bald. *in rubr. eod.* Socin. jun. *consil.32.num.12.volum 3.*

Esse autem ejusmodi transactionem factam, ut actrix aut parentes ejus, eorumve heredes reum non impedirent in matrimonio, cum qua vellet, ex consilio sui patris contrahendo, ostendit scriptura, 24. Januarii anno 1583. judicialiter producta, & à F. ejusque uxore M. subscripta 2. Martii anno 1581. & præterea scriptura à N. & R. nomine actricis subscripta, qua in transactionem illam actrix consensisse dicitur 11. Maji anno 1581. Idem testantur modo dicti N. & R. apud Interr. gener. 14. & apud art. defens. 73. & 74. in rotulo X. ex parte rei producto, & addit apud art. 74. R. nominatim, daß so wol C. als jhre Eltern den Vertrag mit handtgegebener Trew bestättigt haben. Hoc attestatur idem N. in rotulo X. ex parte actricis exhibito apud artic. 10. ubi dicit, se mirari, actricem tam impudentem esse posse, ut eam transactionem suamq; declarationem negare audeat. Et de transactione hac facta audiverunt actricis ipsius testes in rotulo X. testis 2. 6. 7. 8. 9. & 10. apud art. 10. & 11. Præterea nec parentes actricis, nec ipsa actrix transactionẽ & declarationem factam actricis eam subsecutam esse negant, ut constat ex supplicatione Senatui G. à M. matre actricis exhibita, & protestatione F. patris actricis desuper facta 27. Novembris anno 1582. Actrix vero hincinde in actis adversus eam sese restituendam esse contendit, quo ipso eam
289 factam esse præsupponit, quia † privatio semper præsupponit habitum, *l.decem. ff.de verb.oblig. Jas. in l.non erit.§.si neq;.num.6.ff.de jurejur.cum similib.*

290 Porro † transactionem de rebus dubiis & litigiosis, de quibus vel jam lis est, vel lis esse potest, recte fieri extra omnem est controversiam, *l.1.ff. de transact.l.2.ubi Jas.& Doctor.C.eod.*

291 Nec ignoramus, transactionem † super matrimonio fieri non posse, *l.ait prætor ff.de jurejur.l. fin.ff.de transact. & ibi per Bart. & Bald. Idem Bald.in l.fin.versic ulterius quæro.C.eod. c.de cætero.c.statuimus. de transact.c.licet.de re judic.* Verum id ita accipiendum, si matrimonium certum sit, ut de ejus substantia & veritate non dubitetur, quod matrimonium sit, & illud in jure consistat: at si de matrimonii substantia & veritate nondum constet, & res adhuc sit dubia, quemadmodum in præsenti nostro casu, quod tum de matrimonio transigi non possit, nusquam scriptum legitur, quia tum transactio non fit de matrimonio, sed super metu litis, quæ circa matrimonium moveri possit. Neque etiam hoc casu de matrimonio est transactum, quod sit aut fuerit inter actricẽ & reum, sed de vexa, quæ reo ob stuprum actrici illatum metuenda erat: quippe ut maxime super matrimonio etiam facta esset, matrimonium tamen fuisse ex eo non inferretur, quia jam ante deductum est, quòd inter actricem & reum matrimonium nullum sit contractum, ut ita transactio super eo, quod non est, facta sit & valeat, propter metum saltem litis & dubii litis eventus. Justitia enim causæ principalis alias etiam in transactione non attenditur, *l. 2. & ibi Bald. in notab. 1. C. de transact.*

Est quidem & illud certum, transactionem, cui † dolus causam dedit, rescindi oportere, *l.& eleganter.in princ. & ibi Bart.ff.de dolo malo. l.sub prætextu. la t. & l.interpositas. C.de transact. l. dolus. C.de rescind.vendit. Alexand.consil.62 num.3.vol.2. Neviz. consil.52.num.50.Natta consil.166.num.26.vol.1.Cephal. consil.210.num 81.vol.2.* Similiter juris est, transactionem † metu, minis & verberibus factam non valere, *d.l.interpositas.cum ibi notatis.* 292 293

At & illud est juris, ut † si remittens vel liberans dolum adversarii sciebat, quod tunc omnis dolus remissus esse censeatur, *gl. in l.Pomponius. la 1.ff.de negot.gest.* quam notat Bart. *in l.Aurelius.§.fin. num.6.ff.de liberat.legat.* Bald. *in l.2.versic.sed dic.C.de transact.* ubi dicit, quod quando dolus adversarii est notus, tunc non potest rescindi transactio ratione doli, *Andr.Gail lib.2 observat pract.65.num.3.* 294

Juris est etiam expediti, quod † nec dolus, nec metus præsumatur, sed legitime probari debeat, ut de dolo in præcedenti capite per jura ibi allegata ostensum est. De metu id consulendo tradunt Bald. *consil.62 vol.1.* Cravet. *consil.115.num.13. vol.1.* Paris. *consil.67.num.61.vol.2.* Menoch. *consil. 2.num.326.& seq.vol.1.* idemq; docet Alciat. *in d.l. interpositas.num.3.* 295

Dolo autem vel metu, aut minis & verberibus actricem, ejusque parentes respective ad transigendum inductos esse, ab actrice probatum non est, sed contrarium potius reus demonstravit, quod parentes actricis primo transactionem quæsiverint, & actrix volens ac libens in eam consenserit, suamq; voluntatẽ declaraverit, & illud quidem per ipsius actricis in rotulo Vesaliensi auditos testes 5. 14. 15 & 16. apud artic. 10. & inprimis 15. qui dicit, reum primitus in accordamentum consentire noluisse, & in effectu per duos testes omni exceptione majores, utpote non à reo tantũ, sed & ab actrice ipsa productos, & N. & R. hoc vero per duos testes dictos, nempe N. qui in rotulo rei X. dicit apud interrog. gener. 14. daß sich die Clägerin gutwilliglich auß jhres Vatters Raht erklärt/ & apud art. defens. 73. daß sie sich auß jhres Vatters Raht gütlich erklärt/zugesagt/vnnd angelobt/ & apud art. defens. 74. daß sie reum gütlich erlassen: atq; R. qui deponit apud artic. defens. 74. daß F. mit frölichen Augen jhn gebetten/mit jhm zu N. zugehen/seiner Tochter Erklärung alldar anzuhören/ Vnd habe vor jhnen der Vatter sie die Tochter vermahnet/ jhren eigenen freyen Willen zubekennen/vnd klärlich jhre Meynung zuoffenbaren / darauff sie vor sich selbst gutwillig bekannt / offtermals repetirt/ vnnd zugesagt / daß sie reo kein Hinderniß thun

wolte / etc. Et paulo post: F hab jhn Zeugen und N. gebetten / solche freywillige Erklärung in Gedächtnüß zu behalten / etc. Item. Daß die Clägerin nach solchem Abstand freudig hinweg gangen. Atq; hæc & similia uterq; ille non tantum oretenus in examine testium auditi deponunt, sed etiam affirmant in scriptura ab ipsis subscripta, qua ea omnia ita gesta esse confitentur. Et cum nec dolus, nec metus præsumantur, ut supra dictum est, tum vero multo minus præsumi debent, quod, ut uterque ille testis dictis locis deponit, conceptum transactionis à missum ad consilium N. quibusdam locis immutaverit, & cum id immutasset, rogaverit, ut ad S. remitteretur.

Neq; allatæ sunt ullæ præsumptiones, ex quibus de dolo reus, ejusq; adhærentes circa hanc transactionem faciendam convinci possint, aut si convinci possint de dolo, quem parentes actricis ante non sciverint. Nam reum, ejusque patrem transactionem primum quæsivisse, verum non est, & ut verum esset; non tamen sequeretur, transactionem quæsivit; ergo dolum adhibuit. Responderetur enim, majorem propositionem esse falsam.

Quod autem transactio illa, & declaratio actricis eam subsecuta, non sit facta coram Notario, nihil ad rem facit; quia respondetur, nihil
296 interesse † transactio, quomodo fiat, & coram quo, publice aut privatim in judicio aut extra judicium, scriptura aut sine scripto. *l. sive C. de transactio. ubi Jas. num. 1 & 2. Idem Jas. in l. tale. § qui provocav t num 9 ff de pact. l. cum proponas C. eod.*

Nec voluit F. eam coram Notario aliisve testibus fieri, ut dicit R. in rotulo rei X. apud interrog. spec. 8. artic. 74. ne casus hic, qui filiæ suæ accidisset, propalaretur, quem tamen voluit, quam maxime fieri posset, clam haberi. Ex quo dolus potius ex parte actricis præsumeretur, quod parentes ejus id fieri noluerunt, cujus major fuisset auctoritas, si hæc res in controversiam aliquam revocaretur, sicut factum est.

Cæterum de metu, minis & verberibus, quibus actrix coacta fuerit sese declarare, si quid est, non est ut id reo ejusve adhærentibus imputetur, quandoquidem dicitur, quod à parentibus suis ipsa coacta fuerit, quod dum affirmatur, rursus evertitur id, quod prætendebatur parentes dolo ad transigendum inductos, cum ex eo satis appareat, si modo verum est, quantopere transactionem aliquam affectaverint.

Etsi vero testes aliqui ab actrice in rotulo X. producti sunt, quibus probare conatur, sese nunquam in ullam transactionem consentire voluisse, ac si consenserit, quod id non fecerit sine coactione & sponte sua, ut est testis 1.2.3.5.6.7.8.9. 10.11.12.15.& 16. De his tamen testibus 11.12.15. & 16. nihil prorsus sciunt de contentis articuli 10. & 11. nec ullus est ex illis omnibus, qui vel negare audeat, actricem in transactionē aliquam consensisse, vel affirmare possit actricem ad consentiendum coactam esse. Testis vero 5. directo etiam artic. 10. & 11. negat, & dicit, actricem sponte sua sine ulla vi consensisse, & testis 2. dicit: Er hab gehört / daß C vor den Predicanten den Beklagten frey gesprochen. Cæteri testes in effectu hoc deponunt, sese non intellexisse ex actrice, quod in ullam transactionem consenserit aut consentire velit, sed potius, quod semper sit protestata honorem suum pecunia sibi venalem non esse, quod autem etiam alibi, quam in den Versamlungen / ubi id factum esse, testis 6. & 7. dicunt, idem protestata sit, & quod in ea sua voluntate semper perseveraverit, ne unus quidem est, qui dicat. Nec negatur à parte rei, quod ab initio transactioni assentiri noluerit ob causam, quam R. assignat apud artic. 73. & 74. defens. in rotulo rei X. sed id negat reus, quod actrix dicit, sese non consensisse, aut certe si consensit, se inductam minis & verberibus. Unica est testis 3. T. quæ apud artic. 11. in fine dicit, daß E. bey C. Mutter Unterhandlung zupflegen / sich unterstanden / welcher demnach C. widersprochen / dann sie auch mit vielen und schrecklichen Dräwungen / Ubelhaltung und Verheissungen darzu nicht zu bewegen gewesen. Et testis septimus apud artic. eundem dicit: Er hab auß C Mund gehört / daß sie auch in Vertrag der 200. Thaler / darzu sich jhre Eltern eyngelassen / wiewol sie von jhren Eltern hart darzu genöhtiget / unnd viel Schläge derhalben leiden müssen / nie hab bewilligen wöllen. Verum hic deponit de eo, quod audivit conquerentem actricem, quod nihil probat; illa autem, præterquam quod est singularis in suo dicto, non addit causam scientiæ, unde sciat, quod actrix ita, ut dicit, tractata fuerit, ac proinde nec hæc testis quidquam probat, *Bald. in l. presbyteri. la 1. colum. ult C. de Episcop. & cleric. Felin. in c. cum Joannes num. 42. de fide instrum. cum similib.* Imo hinc ducitur argumentum firmissimum, quod si minis & verberibus ad assentiendum compelli non potuit; ergo cum postea assensa est, non fecit id invita & coacta, siquidem si volens non consensisset, utiq; sicut ante, ita ne tunc quidem verberibus ac minis eo adigi potuisset.

Sunt vero testes ad id, quod actrix probandum proposuerat producti ejusmodi, ut etiamsi optime pro actrice deposuissent, iis tamen fides adhibenda non esset. Contrarium enim deposuerunt N. & R. uterq; etiam ab actrice productus, quibus, ut qui negotio quittationis ab actrice factæ interfuerunt, plus est credendū, cum etiam † uni, nedum duobus testibus de facto 297
proprio deponentibus credi debeat, *Paul. de Cast. in l. quicunq. C. de servo fugit. & in l. 1. § si ab hostibus. ff si ex noxali caus. agat. per text. in l. quæro. § fin ff de ædilit. edict. & in l. servos C. de testib. Bald. & Salic. et. in l. si quis decurio. C. de fals. Gozadin. consil. 13 num. 16. Socin jun. consil. 31. num. 33. volum. 2. Paris. consil. 104. num. 80. volum. 1. Cravet. consil. 178. num. 7. & consil. 73 num. 29. & 30.* & dicit Lucas de Penna *in l. quicunq. la 1. colum. 2. C. de fund. patrimonial. lib. 11.* quod illi potissimū admittendi sunt ad testimonium, qui negotia tractaverunt, quia illi melius sciunt.

Præterea sunt in testibus actricis plerisq; magni defectus, ut non sint omni exceptione majores. Nam testis 1. B. ante annos plus minus 17. bona sua decoxit, fecitq; banquerouttam, ut ex instrumento desuper confecto constat. Deinde jam inde ab initio hujus controversiæ fuit quasi sollicitator ex parte actricis, ut constat ex depositione testis 15. in rotulo rei X. apud declarat. art. 21. & 22. Item in rotulo actricis X. test. 13. & 16. &

ex

ex ipsius R. depositione apud artic. 2. idemq; satis apparet in teste 2. & 3. item in quatuor ministris Ecclesiæ Vesaliensis, item in teste 10. qui fuit advocatus & procurator actricis, cæteriq; adeo nihil, quod relevet, deponunt, ut ulteriori eorũ reprobatione opus nõ sit, sed potius acceptatione. Et cum alias hi testes ex parte jurati non sint, atq; articuli prius omnibus prælecti & communicati, imo deliberandi etiam super iis spacium concessum sit, prudens & circumspectus judex facilime arbitrabitur, quæ & quanta fides his in iis, quæ contra reum faciunt, adhibenda sit.

Sed omnium fortissime pro actrice urgere videntur, quædam ipsius N. literæ datæ sub die 20. Januarii anno 1582. ad Consistoriales Gallicanæ Ecclesiæ, quæ est apud G. in quibus ita scribit de hac transactione: Quant al l'accord que S. pretend avoir fait avec les parents de la fille, ils le desavovent, & tous ceux qui se sont employez estiment aussi, que ce, que lui peut avoir depuis ledit accord promis n'est de valeur, tant par ce que par battures & rudoiemens de la mere elle y avoit esté contrainte, comme par ce qu'ils tiennent pour resolu, que nous avons parole de Dieu contenu au 22. du Deuteronome.

Verum ne hoc quidem, quamvis in speciem valde urgens quidquam causam actricis relevat. Sunt enim istæ literæ à N. quidem scriptæ, verum non suo, sed ministrorum X. nomine, ut non longe à principio illarum literarum diserte scribit.

298 Etsi vero, qui † aliquid scripsit, in id consentire videatur, *l. publia §. fin. ff. deposit. l. cum de indebito. §. fin. ff. de probat. l. generaliter. & Auth. contra. C. de non numer. pecun. Bald. consil. 275. colum. 2. volum. 3.*

299 imo † vero etiam si tantum subscripsit, *l. emptor. §. Lu. ius. ubi Bart. Salicet. Angel. Fulgos. Castrens. Alex. Jas. ff. de pact. l. ita stipulatus. §. Chrysogonus. ff. de verbor. obligat. l. cum antiquitas §. fin. ubi Castr. Alex. & Jas. C.*

300 *de testib. Alexand consil. 147. vol. 2.* maxime, † si etiam accedat sigillatio, *Bart. in l. quæ dotis num. 7. & ibi Roman. & Alex. num. 38. & Jas. nu. 94. ff. solut matrim. Dec. in c. 2. num. 27. de fide instrum.* Eo ipso tamen, quod N. bis scripsit, quod scribat nomine ministrorum à se removere voluit approbationem eorum, quæ in literis iis continerentur, alioqui enim subscripsisset non simpliciter, par la charge, sed addidisset, pour soy mesme & par la charge. Nec rescripsisset N. Consistorialibus nomine ministrorum X. si quis ex illis fuisset, qui calluisset linguam Gallicam. Cum enim Consistoriales Gallice scripsissent, ministri etiam Gallice rescribere voluerunt, quod cum solus posset N. ea provincia ipsi est demandata. Et quod invitus eam provinciam susceperit, ostendunt verba finalia schedulæ illis literis adjectæ, vbi rogat, ut Latine rescribant, quo literæ commodius legi possint, quod sine dubio eam ob causam rogavit, ut hoc onere sublevaretur.

Quod si etiam verba suprascripta exacte examinentur, apparebit ea non esse assertiva, sed enunciativa, nempe mentis & sententiæ ministrorum X. quam jam multo ante ipsi satis significaverant. Sunt enim verba illa concepta, non in persona N. sed in persona tertii, nempe eorum, de quibus ante scripserat, quod sibi hanc scribendi provinciam demandassent, quique desiderarent, ut per literas illas certiores redderentur, &c. Et cum N. ut vir honestus, cum in se ipsorum nomine scribendi provinciam susciperet, aliud nihil, quam quid illi sentirent de hoc negotio, scribere deberet, ipse vero illorum sententiam improbaret, non sine consilio scripsit, qu'ils (intellige ministri X. quatuor) des avovent l'accord. (quippe, qui antehac nunquam suadere voluerint accordamentum, quod tamen N. & suaserat & perfecerat) & tous ceux qui se sont employez (non N. aut R. sed tous ceux, id est, omnes hi nempe fratres, de quibus ante dixerat, quod sibi scribendi provinciam demandassent, & qui controversiam illam jam ante multum tractaverant, atq; in ea occupati fuerant) estiment aussi, &c. quasi dicat N. fratres illi X. qui has literas suo nomine ad vos per me scribi voluerunt, accordamentum illud non solum improbant, verum etiam hi quatuor ad unum omnes, aliique, qui id negotium tractarunt, (in quibus tamen se non numerat, alioqui scripsisset, & nous tous qui nous sommes employez) existimant nõ valere, &c. & quod per verbera atq; minas filia ad id sit inducta, ubi iterum non quid ipse sentiat, sed quibus rationibus ad ita sentiendum illi moveantur, significat. Atque hanc fuisse N. in his literis scribendis sententiam, ostendit scriptum ipsius & R. Apologeticum attestationibus X. in rotulo ex rei parte producto, insertum, ipsaq; depositio N. in quo utroq; negat verberibus atque minis actricem coactam, quin potius sponte sese declarasse asserit; & non solum sub juramento corporaliter in judicio præstito id asserit, sed etiam in Apologetico ipsum Deum testem citat, quod vera referat, & non mentiatur. Estq; scriptum illud Apologeticũ & depositio posterius facta, nempe mense Julio anno 1583. cum literæ istæ multo ante, nempe 20. Februarii anno 1582. essent datæ. Nec ex actis deprehendi potest, unquam alias N. multo minus R. aliter dixisse aut deposuisse auditus est, quam transactionem illam omnibus ex utraq; parte consentientibus factam esse. Quare ne sic quidem probatum esse arbitramur, quod actrix vi & verberibus à suis parentibus ad assentiendum transactioni sit compulsa, sed contrarium potius ostensum, quod libenter illi sit assensa.

Unde etiam concidunt ea, quibus actrix sese in integrum restituendam esse contendit. Nam parentes suos à N. & R. inductos esse dolo, ut transactionem inirent, supra ostensum est, falsum esse.

Nec vllum est matrimonium, super quo transactio illa facta est, sed super lite, quæ timebatur moveri ex causa matrimonii, quod incertum esset.

Per reum autem nunquam stetit, quo minus transactio impleretur, sed ad pecuniam promissam solvendam semper fuit paratus, ut ita, quantum ad ipsum etiam attinet, pro impleta habenda sit, quia non per ipsum, sed per actricem stetit, quo minus impleri posset.

Ætati vero minorenni aliquid tribueretur, nisi † transactio illa juramento quasi esset con- 301

 firmata

firmata ab actrice, quo casu contra transactionem minorem venire non posse, in Camera Imperiali comprobatum esse testatur, Andr. Gail. *lib.2.observat.pract.41.num.4.* per rationem, quia
302 juramentum † minorem præsumit esse majorem, *Auth.sacramenta puberum. ubi Jas. num.55. C.si advers.vendit. Idem Jas. in l.ait prætor. §.si minor.num. 2.ff. de jurejur. Gail.d. observat.41.num.7.* & alias in
303 causis † spiritualibus, qui alioqui minor est, si habeat annum duodecimű, vel decimumquartum pro majori habetur, *c. si annum quartumdecimum. de judic.num.6.gl.in c.ex parte. in verb.quamvis. de restitut.spoliat.*

304 In causis † autem spiritualibus qualis est matrimonium, restitutio in integrum non conceditur, *gl.& post eam Doctor.in d.c.ex parte.Joan.Maurit. in tractat.de restitut.in integr.cap.245.Nicol.Superant. inter consil.matrim.consil.66.num.5.tom.1.*

Quod vero actrix apocham secutam transactionem non subscripserit, causam reddit uterque N. & R. eo quod scribere non potuerit, & ipsa dixerit satis esse, si ab ipsis suo nomine subscribatur apud interrog.spec.11.artic.defens.73. & 74. in rotulo rei X.

Quando igitur nihil, quo hæc transactio evertatur, ab actrice allatum est, censemus eam omnem litem sublatam, & contra legem *quamvis. C de transact.* fieri, quod ei contravenire nunc nitatur.

305 Cui accedit, quod † hæc transactio, quatenus non valeret in vim transactionis, valeret saltem in vim pacti, *Curt.jun.in l.2.num.6.& 7.C.de pact.inter empt.& vendit. Bart. in l.si quis major.num.9. C.de transact. Alexand.consil.11.num.8.& 9.vol.2.* eamq; opinionem veluti juri naturaliq; rationi consentaneam secutum esse Senatum Pedemont. attestatur Octav.Cacher. *decis.91.num.ult.*

Quibus ita de jure deductis, & firmatis ea, quæ in contrarium pro parte adversa in resolutione secundi capitis supra allata sunt, per se ipsa corruēt, ut in iis refutandis curiosius insistere opus non sit, quia ex illis apparet, quod etiamsi omnia, quæ in contrariű adducta sunt, essent verissima, exactissimeq; probari possent, tamen essent irrelevantia, adeoq; judici non attendenda.

Veruntamen si & illa sigillatim percurrere cui libeat, & accuratius perpendere, oppidò is inveniet, ea ejusmodi non esse, ut reo quidquam negotii facessere possint. Quod enim prætenditur, reum confessum esse, quod matrimonii fidem actrici dederit, id factum adimadvertimus non simpliciter, sed his verbis: Quod eam ducturus esset in matrimonium, si ex sese liberos pareret, quæ confessio rei est qualificata, ut actrix pro parte eam acceptare, & pro parte repudiare nec potuerit, nec debuerit, quia confessio-
306 nem † qualificatam in totum acceptari, vel in totum repudiari debere, notant Canonistæ *in c.bona.el 2.de postulat.prælat. c.ex parte Decani. de rescript.* Geminian. *in c.1.de confess.in 6.* Bart. *in l.Aurelius.§. idem quæsiit.ff. de liberat.legat.* Leonissa *inter consil. matrimo. consil.48.num.35.tom.1.* eamq; communem esse Doctorum opinionem testatur Nicol. Rücker. *inter consil.matrim. consil.34.num.24.tom. 2.* ubi dicit, quod quando probatio matrimonii fundatur super confessione partis, ut hoc nostro casu, & ista confessio est qualificata, sicut stamus confessioni ad probandum matrimonium inductæ, ita etiam standum est confessioni qualificatæ contra matrimonium facienti. Eodemque loco dicit: Si quis fateatur, se usum esse vel bis, ex quorum natura matrimonium induci posset, dicat tamen, se non animo contrahendi matrimoniű, sed per jocum ea protulisse, quod tum illa confessio à parte adversa non possit acceptari simpliciter, sed cum qualitate sua annexa, idemq; vult in effectu Leonissa *d.consil.48.num.27.& seqq.*

Cum autem actrix qualitatem istius confessionis à reo factæ acceptare nolit, perinde est, atque si confessionem illam totam negasset, ac proinde ex ea sese juvare non poterit, ut ita nihil ad rem faciant omnia, quæ fuse supra de confessione judiciali & extrajudiciali, facta in scriptis & ore, & quidem sæpius atq; iterato allata sunt.

Eamq; ob causam rursus eo deveniretur, ut actrici probandum esset, matrimonii fidem sibi datam esse, atque si data esset, datam esse simpliciter, & sine ulla adjectione. Nam reo probationem qualitatis ideo velle injungere, quod in eodem actu vera in quibusdam non dixerit, id jam satis est refutatum, quia id extra judicium negavit, nec tenebatur turpitudinem suam prodere, at in judicio non negavit. Quamvis ut maxime reus simpliciter & sine ulla qualitate confessus fuisset, se actrici matrimonium promisisse, illa tamen confessio nullius esset momenti, utpote facta † super obligatione nulla, per not. *in l.2.§. circa.ff.de doli except.& in l.si divortio ff de verb.obliga.* 307
Angel. Aretin. *inter consil.matrimon. consil.13.num. 48.tom.1.* Itaq; vel actrici probatio confessionis puræ & simplicis, vel reo probatio confessionis qualificatæ injungatur, existimamus, omnino esse supervacaneum.

Ea autem obligatio non solum est nulla, eo quod contra jus esset, nec consensus utriusque partis intervenisset, verum etiam quod conditio, sub qua reus eam factam dicit, defecit. Quæ conditio, quod inhonesta sit, & non Christiana, nullo juris loco probari potest, ideoq; pro honesta tamdiu habenda, donec probetur contrarium.

Nec obstat, quod eam conditionalem promissionem copula carnalis subsecuta, atq; ita matrimonium, quod per conditionem suspensum erat, purificatum sit. Copulam enim carnalem eam conditionalem promissionem subsecutam esse, in facto negatur, & scriptura ista sub num.7. refert, reum dixisse, quod aliquando accedens ad concubitum actricis, &c. At vero actrix negat alias, quam primi stupri tempore, & post id nocte tertia sibi cum reo rem fuisse, promissionem autem factam statim post primum stuprum commissum, quod reus negat.

Quod autem per reum steterit, quo minus conditio illa impleta fuerit, eo quod peccatum Ger & Onan in coitu cum actrice commiserit, id vehementissime à reo negatur, neq; ab actrice probatum est. Ex omnibus enim testibus ab ipsa productis, ne unus quidem est, qui articulum positionalem 26. super eo positum, affirmare possit. Solus & unicus Q. testis actricis 1. in rotulo ea de re dicit, se audivisse ex reo ipso: sed is testis

testis est ejusmodi, ut nec ipse, nec dicta ejus ullam de jure probationem faciant. Est enim prorsus singularis, quod totum illum rotulum percurrenti manifestissimum est, atq; singularem ipsum esse ipsa actrix, expresse in actis fatetur. At
308 in ore † duorum aut trium non unius consistit omnis veritas, *c. admonete. 3. quæst. 2. c. licet ex quadam. de testib. cum infinitis aliis.* eoq; minus illi est credendum, quod actricis hospes ad tempus fuit hac lite pendente, adeoq; valde familiaris, quod ipse quidem valde callide dissimulat, sed testatur testis 3. in eodem rotulo apud interrog. special. 1. & ex eo, quod ipse affirmat apud interrog. general. 12. satis colligitur, dicens: Die Producentin hette jhn anfänglich gebetten / ihr in der Sachen zu rahten / er hette es aber abgeschlagen / weil er sich darauff nichts verstande. Ergo si intellexisset, hæc negotia, consuluisset illi, quod affectionem suam erga actricem satis arguit: idemq; arguitur ex illo, quod actrix illi soli primum stuprum in se admissum manifestavit, ut dicit hic testis apud interrog. spec. 19. Quin etiam actricis affinis est, ut ipse & uxor ipsius testis in eodem rotulo ultima fatetur apud interrog. speciale 1. & interrogatus apud interrog. general. 12. Ob er der Producentin / deren Patronen vnd Rahtgeben mitverwandt oder freundtschafft / oder auch sonsten mit geneigten Willen zugethan seye / respondet Er wehre jhme nichts verwandt / doch seye A sein gut Freund / welcher sich der Clägerin annimpt / quæ responsio aut priori apud interrog. special. 1. factæ est contraria, aut omnino callida, aut certe arguit testes G. non satis diligenter examinatos. Quod si vero actrix L. testem rei in rotulo X. 15. ex eo rejicere volebat, quod esset amicus N. summi sui inimici, quorum tamen neutrum ab ipsa probatum est, oportet, ut idem jus, quod in alio statuit, in suo etiam hoc teste experiatur, qui, ut modo dictum est, A. bonus amicus est, quem A. summum esse rei inimicum est notorium: cumq; ab hoc A. sese admonitum & instructum esse fateatur apud interrog. general. 5. 6. 14. & 15. & ab eodem A. sibi articulos, super quibus postridie deponere debebat, prælectos esse dicat apud d. interrog. 14. & 15. valde est verosimile eum ab hoc A. subornatum esse: idq; eo verisimilius redditur, quod hic testis multis in locis sibiipsi valde est contrarius. Nam in interrog. gener. 13 dicit, actricem sibi nulla necessitudine conjunctam in interrog. spec. 1. dicit, eam sibi affinem esse. Apud interrog. gener 5 & 6. dicit, A. secum esse locutum, sed se non instruxisse: at quod ipsum etiam instruxerit, evincit satis ejus depositio apud interrog. gener. 14. At apud interrog. 14. & 15. dicit, prælectos sibi fuisse articulos ab A. pridie ejus diei, quo examinatus fuit, & tamen apud d. 15. interrog. mox addit, se non meminisse contentorũ in articulis, quod omnino non est verosimile.

Ait apud interrog. gener 18. se nescire, quis foveat aut promoveat causam actricis. & tamen expresse fatetur apud interrog. gener. 5. 6. 13. 14. & 15. A. eam promovere.

Negat apud interrog. gener. 19. se quicquã sinistri de actrice audivisse, & tamẽ apud interrog. spec. 17. fatetur, dicta fuisse de actrice ejusmodi, de quibus in interrog. quæreretur.

Contrarius vero etiam est actrici ipsi & uxori suæ. Ait enim apud interr. spec. 19. actricem sibi primum esse conquestam de stupro illato ipsi, deinde idem dixisse suæ uxori. Actrix vero dicit in art. suo posit. 30. quod primum hoc manifestaverit uxori hujus testis. idemq; ait testis ultima apud. d. interrog. 19. & 20.

Apud interrog. spec. 7. hic testis dicit, cum ex actrice quesivisset, cur non clamasset, si vis ipsi adhibita fuisset, ipsam respondisse, se non clamasse, eo quod reus ipsi minatus fuerit, fore ut si clamaret, nunquã ipsi bene esset. Apud idem interrog. spec. 7. hujus testis uxor dicit, actricẽ respondisse, se non clamasse, eo quod reus matrimonium ipsi promiserit. Nec potest negari, hunc testem solicitatorem in hoc negotio fuisse apud patrem rei, quod ipse confitetur apud inter. spec. 19. imo ipsa actrix in artic. suo posit 30. Solicitatori † autem 309
fidẽ non esse adhibendam, dicit Lanfranc. *in repet. c. quoniam contra. de probat.* Felin. *in c. cum à nobis. col. fin. de testib.* not. *in l fin. ff eod.* Alex. *consil* 154. *col.* 1. *vol.* 5. Dec. *cons.* 210 *col.* 2. Cravet. *consil.* 281. *n.* 5. Rota *decis.* 162. *&* 363. Grãmat. *decis.* 73. *n.* 20. & illi sine dubio nõ esse credendũ, tradit Ang. *cons.* 233. *col* 3.

Tantoq; minus fides ipsi adhibenda est, quod de his, quæ sciret, jam ante A. instruxisset, & obtulisset se ea, quæ sciret & audiret, etiam medio juramento dicturum esse, ut ipse hic testis fatetur apud interrog. gener. 7. Ejusmodi vero testi tantum abest, ut judex aliquam fidem adhibeat, ut etiam inimicum ejus, contra quem producitur, esse præsumat, *per jura supra allegata.*

Neq; est verosimile, reum etiamsi hujusmodi turpitudinem commisisset, cuiquam hominum detecturum fuisse, multo minus huic testi, quem sciebat actricis summum esse fautorem.

Id autem est verosimilius, reum dixisse, quod sciret, actricem gravidam non esse, ut rumor de ea sparsus fuerat, seq; id scire ex causis naturalibus, quas causas naturales ipse in actis interpretatur, quia actrix ante paucos dies menstruis purgata fuisset, quæ in gravidis retineri solent, cui interpretationi † verborum standum est, *per l. si* 310
quis intentione. ff. de judic. l. inter stipulantem. § 1. ff de verbor. obligat. Alexand. consil 201. *num* 4 *vol.* 2. *Dec. consil.* 28. *num.* 7. idq; multo magis, quod ipse testis suam memoriam valde labilem esse, jam ante asseruerat, ut etiam eorum, quæ pridie ejus diei ipsi prælecta erant, non meminisset, ut multo minus meminisse potuerit verborum rei, quæ protulisset.

Sed nec † verosimile est idipsum, quod depo- 311
nit, ideoq; ipsi non credendum, per doctrinam Panorm. *in c. quia verosimile. de præsumpt.* Felin. *in c. licet causam. not.* 10. *de probat.* Alexand. *consil* 153. *in fin. col.* 3. *vol.* 5. Curt. jun. *consil.* 17. *col.* 2. *vol.* 1. Marsil. *consil.* 20. *num.* 61. & quod testis depositio non verosimile continens, habeat contra se suspicionẽ falsitatis, docet Bald. *in l.* 1. *col.* 3. *C de serv. fug.* Jas. *in l. si extraneus. col.* 2. *ff. de condict ob caus. dat.* Alex. *consil.* 27. *vol.* 2. Socin. jun. *consil.* 86. *num.* 27. *vol.* 2.

Non etiam quicquam probat H. testis 3. quia deponit tantum de auditu, quæ † depositio nulla 312
est, per allegata ab Afflict. *decis. Neapol.* 248. *num.* 5. Joseph. Ludov. *decis. Perus.* 106. *nu.* 19 & Zas. *cons.* 4. *num.* 16. *vol.* 2. præsertim cum dicat, se id audivisse ex Q.

ex Q. ujus testimonio eo modo, ut dictum est, sublato, corruit etiam testimonium hujus ex vulgata regula: Quod cassata radice cassentur etiam fructus.

Praeterea solicitator in hac causa est, ut patet ex depositione testis 2. apud interrog. gener. 14. imo ipsius etiam testis apud interrog. gener. 18. ubi fatetur, quod ad suam petitionem pecuniam comparaverit sibi actrix ad hanc litẽ persequendam. Similiter patrocinium praestitit actrici, ut ipse dicit apud interrog. gener. 5. & 13. item apud

313 spec. 2. & 3. cujus † testimonium non valere, dicunt Leoniss. *inter consil. matrim. consil.* 49. *num.* 32. Rubeus *consil.* 73. *num.* 7. *tom.* 1. fuitq; hospes actricis ad dimidium annum, ac proinde ei familiaris, ut deponit apud interrog. gener. 19. & articulos, super quibus auditus est, non solum vidit & legit, sed ipse etiam descripsit. Quod ad caeteros actricis testes attinet, de iis partim jam dictum est, partim etiam dicere necesse non est, quod nihil deponant, quod reo quicquam praejudicare queat.

Porro nihil etiam ad rem facit, quod in transactiones instrumento duobus locis dicitur, von wegen der Eheversprechnüß / so zwischen S. unnd C. meiner Tochter vor und nach der leiblichen Copulation vorgelauffen. Et paulo post: Wir geben jhn quitt und ledig aller obangeregter Versprechnüssen / so er meiner Tochter gethan mag haben.

314 Cum enim † & transactionem ipsam & transactionis instrumentum in toto processu impugnaverit, ex eo juvari actrix non debet, *per l. dispensatorem. ff. de solut. Bald. in l. si absentes. C. si cert. petat.* & scriptura illa ab ipsius actricis parentibus subscripta est, qui in favorem suum ea verba ita poni voluerunt.

Veruntamen nec verba illa evincunt promissionem simpliciter factam esse, sed sunt generalia, quae de promissione etiam conditionali in-

315 telligi possunt. Est vero etiam juris, ut † verba praecedentia intelligantur, & interpretationem assumant ex sequentibus, *vulg. l. si servus plurium. §. fin. ff. de legat.* 1. At in postremis verbis non asseritur promissionem esse factam, sed, so er meiner Tochter gethan mag haben / ut priora ex his itidem ita accipienda sint, praesertim cum reus promissionem simplicem à se factam esse negaverit.

Sed utut illa se habeant, semper eo deveniendum est, ut dicamus, confessionem rei etiam simplicis & purae promissionis ipsi non obstare, per juris pontificii & civilis fundamenta complura superius deducta.

Quod igitur de consensu in matrimonium infertur, id nullum esse ex supradeductis, satis constat, nec sufficit, quid de facto esse, nisi etiam fa-

316 cto illi jus assistat, quia † non tam spectandum est, quid factum sit, quam quid fieri debeat, *l. sed*

317 *licet. ff. de offic. praesid.* Sunt enim paria † aliquid non fieri, & fieri quidem, sed non legitime, *vulg. l. quoties. ff. qui satisd. cog. l. de aetate. §. nihil. ff. de interrogat. actio. l. haec conditio. ff. de condit. & demonst. Afflict. decis. Neap.* 366. *nu.* 10. & paria sunt aliquid nõ gerere, & non cum debita solennitate gerere, *Vant. de nullit. ex defectu citat. num.* 25. *Cotta in memor. incip. actus nullus.* Similiter paria sunt non esse, & esse, sed de aliquo non apparere, *l. in lege. ff. de contrah. empt. l. duo sunt Titii. ff. de testam. tutel. l. quidam tabul. ff. de furt. c. in praesentia. de probatio. Carol. Ruin. consil.* 144. *num.* 17. *vol.* 4. *Grammat. voto* 6. *num.* 1. *in fin.*

Non obstat, quod quatuor illi Ecclesiae X. ministri, de quibus saepe meminimus, quodam suo scripto ab actrice sub num. 3. judicialiter producto suam sententiam aperuerunt, & pro actrice deciderunt judicando, reum teneri actricem in uxorem ducere. Fundamentum enim hujus suae decisionis, quod posuerunt, nempe stuprum, id ejusmodi est, ut ex eo solo stuprator ad stupratam ducendam cogi non possit. Nam jus civile de hoc prorsus nihil constituit, quippe quod stupratoribus, si honesti sint publicationem partis dimidiae bonorum, sin humiles corporis coercitionem cum relegatione imponit, si sine vi vitium virgini viduaeve illatum sit, *§. item lex Julia. versic. sed eadem. Instit. de publ judic. l. humilem. C. de incest. nupt.* Jus autem pontificium introduxit, ut qui virginem constuprasset, is aut violatam ducat, aut pro ejus conditione dotet, *cap. 1. ubi Doctor. de adulter.* Et licet ibi copulative dicatur, ut ducat & dotet, illa tamen copulativa communiter à Doctoribus ibidem exponitur pro alternativa sive disjunctiva, ut in primi capitis resolutione ostensum est.

Quod autem † ad legem Dei attinet, *Deuter. cap.* 22. quam ministros illos potissimum respexisse, & ex qua judicasse apparet, eam politiae Mosaicae relinquimus, cum sit forensis, nec hodie nostras Respub. liget, utpote lege ceremoniali & forensi sublata, illa quidem in totum, ut repeti ne debeat quidem, eo quod Christum servatorem nostrum in carnem venturum significarent, hac autem ita, ut politicus magistratus iis quidem non astringatur, sed ut eas in sua Repub. retinendi potestatem habeat, & secundum eas statuendi, non quod sint ex politia Mosaica, sed quod approbatę sint, & ob commodum Reipub. in quo quis versatur receptae, in quo omnium Ecclesiarum Theologis inter se convenire existimamus. Legem moralem aeternam esse, nec cuiquam ei aliquid addere vel detrahere licere, scimus, nec ignoramus, stuprum esse prohibitum sub illo Decalogi praecepto, quod dicitur, *Non moechaberis.* Verum & illud non est negandum, prohibitionem legis esse moralis, sed poenam sceleris admissi esse legis forensis. Nam si in poena sceleribus irroganda legem divinam forensem quis sequi velit, eum utiq; & fures laqueo suspendi, & ejusmodi alia magistratus ordinatione, quem tamen à Deo esse Apostolus dicit, nec propter conscientiam ei resistendum, recte & salubriter introducta, & cuique Reipub. pro ratione circumstantiarum accommodata, improbare necesse est. Itaque stuprum, utpote legibus & divinis & humanis improbatum, & causam prohibitionis sive improbationis habens perpetuam, improbamus: poenam ei jure divino constitutam non improbamus, sed eam, utpote illi Reipub. peculiarem non esse, necessario in nostris politiis recipiendam dicimus, atque ubi alia & diversa ab ea recepta est, receptam potius, quam illam sequendum, & secundum eam judicandum existimamus. Ita libellus repudii permittebatur quidem in foro Mosaico,

sed

sed quis esset, qui nunc eum permitteret, etiamsi ab ipsa lege Dei permissus esset?

Sane attendat hic actrix, quam parum hoc scripto juvetur. Nam si ducenda est, ut volunt illi quatuor ministri, non est igitur ducta: si ob stuprum illatum ducenda est, non igitur ob promissionem sive fidem matrimonii prætensam, in qua tamen ipsa libelli conclusio & petitio actricis fundatur. Quod si igitur nec ducta est, inepte petit deductionem in templum & cohabitationem conjugalem, siquidem non entis nullæ sunt qualitates, *per jura vulgatissima*, & confirmatio e-
319 jus, † quod nullum est, nihil operatur, *c. inter dilectos. §. caterum. ubi Canon. de fid. instrum. Doctores in*
320 *l. more. ff. de jurisdictio.* nec † operatur quidquam confirmatio circa id, quod ab initio est inutile, *Dyn. in c non firmatur. de regul. jur. in 6. Bart. in l. si tibi. §. pactus. not 2. ff. de pact.*

Itaque nisi contrarii sibiipsi esse velint ministri illi, fateantur necesse est, sese non credidisse actrici, quod vi stuprum ipsi illatum fuerit, quia alioqui reum capitaliter puniendum pronunciassent, neque etiam credidisse actrici, quod asseruit, sibi matrimonii fidem datam, quia alioqui non ex *Deuteron. cap. 22.* pronunciassent, sed fundamentum multo magis in certiori, nempe in promissione posuissent. Unde sequitur, ut cum actrix se ex illo scripto juvare velit, una cum ipso simul utrunque actionis suæ fundamentum evertat, idque tanto magis, quod scripturam illam, non tantum produxit, sed in omnibus etiam suis partibus approbavit, cum alias etiam scripturam in judicio proferenti eam non liceat impugnare, nec ea, quæ per bonam & necessariam consequentiam eliciuntur, *c. cum olim. de censib. Doctor. in c. cum venerabilis. de except. & in l. 1. §. editiones. ff. de edend. l. 2 & ibi Dec. in not. 2. & Jas. num. 2. C. de institut & substitut. l cum precium. C. de liberal. caus. Auth. adhac. C de fid instrum. Alexand. consil. 108. num. 5. volum 5. Roland à Vall consil. 2. num. 116. volum. 1. Jos. Ludovic. decis. Perus. 19. num. 3 & 25. Cravet. in tractat. de antiquit. tempor. part. 1. §. quaeritur. in princip. & §. viso. num. 36. & 72. cum sequentibus.*

Sed sunt & alia, ex quibus scriptum illud sustineri non potest, etiamsi pro actrice esset, sicut ea intentione scriptum est, ut pro actrice esset. Nam ministri illi de tota & integra causa non cognoverunt, sed ad solius actricis narrata, ut ex procemio ejus apparet, id conceperunt, atq; ita
321 non † solum non valet ut nullū, *secundum l. ex stipulat. C. de sent. & interl. om. jud. l. 2 C. de sent. ex peric.*
322 *recit. c. ponderet. dist* 50. sed etiam ut † conceptū ex rebus inter alios actis reo nō præjudicabit, *secundum Cyn. Alber. Bald. Angel. Fulgos. & Ludov. Roman. in l. si duo patroni. ff. de jurejuran. Alex. in c. causam quæ. de testib. Socin. in l. is apud quem, col. 2. C. de edend. Ripa in l. 2. num. 26. C. eod. Alex. consil. 112. colum. fin. volum. 4. Curt. sen. consil. 73. per tot.* & communiter ita teneri testatur Petrus de Benintend. *decis. Bonon. 67. num. 4.*

Debuissent autem ministri illi, si sibi credi voluissent, quod sincere judicassent, aut ut ipsi dicunt, consuluissent, ut affectus aliquantulum seposuissent, qui nimis sunt manifesti ex eodem scripto turpissime reum deformando, & actricem summis laudibus in cœlum usque vehendo eam filiam sanctorum vocantes. Nec mirum, quod in hac causa affectionati fuerint erga actricem, siquidem ipsi quamprimum ab initio ab actrice de sibi consulendo requisiti fuerunt, atq; ei etiam consuluerunt, ut sane non potuerint, imo nec debuerint quidem sibi nunc judicis vicem assumere, cum ne ad testimonium quidem ferendum in hac causa forent satis idonei. Quantum enim his, qui ad causam aliquam sunt affectionati credatur, quanta etiam fides adhibeatur iis, qui alterutri parti consilium suum communicarunt, ex jure, iisq;, quæ supra sunt allegata, satis constat.

Sin autem authoritate certandum est, opponi possunt illis ministri Ecclesiæ Gallicanæ apud G. qui contra ipsos senserunt, ut literæ inter ipsos & X. ministros utrinque missæ abunde testantur, adeo ut acerbius etiam in se invicem invecti fuerint: imo opponimus illis Collegium facultatis Juridicæ in Academia H. quod ad acta
ipsa judiciaria, secundum † quæ judicandum est, 323
& non secundum conscientiam propriam, ut communiter Doctores tradunt *in l. illicitas. §. veritas. ff. de offic. præsid.* Reum ab instituta actione in totum absolvit, expensis tamen compensatis.

Pluribus † autem meliusq; informatis plus 324
est credendum, quam paucioribus, & non bene informatis, *text. in c. fin. & ibid. gloss. in verb. pluribus. distinct. 20. Dec. consil. 400 num. 1. & consil. 615. num. 4.* & facit, † quod dicitur, cuilibet in sua arte 325
credendum, *l. 1. §. 1. ff. de ventre inspiciend. l. nemini. C. de advoc. divers. judic. c. fraternitatis. & ibid. gl. in verb. matronas. de frigid. & malefic. c. proposuisti. & ibid. Felin. num. 5. in fin de probat. Bart. in procem. ff. §. 1. num. 8. & ibid. Bald. num. 6. Specul. in tit. de probat. §. fin. num. 25. Socin. regul. 362. incip. perito.*

Nihil etiam ad rem facit sententia Scabinorum in hac causa 7. Augusti præsentis anni lata, & supra ab initio hujus consultationis descripta,
quia † per appellationem à reo legitimo tem- 326
pore factam suspensa est, imo extincta esse censetur, dum adhuc de ejus jure quæritur, *c. venientes. de jurejurand. l. 1. §. ult. ff. ad Senatusc. Turpill. l. furti. §. 1. ff de his qui not. infam. l. si causa cogn. C. de transactio. Bart. in l. 1 num 2. ff. de appellat. Afflict. decis. 296. in fin. Capic. decis. Neapol 28. num. 3. Socin. consil. 9. colum. 2. volum. 4.* quem refert Sylvan. *consil. 5. num. 5. in fin.* Menoch. *de arbitr. judic. quæstio. lib. 1. quæst. 35. num. 20.* & novissime Andr. Gail. *lib. 1. observat. pract. 144. num. 1 & 2.*

Licet autem pro sententia judicis præsuma-
tur, id tamen † accipiendum est ita, si in rem ju- 327
dicatam transierit, & dummodo non fuerit appellatum, ut in casu proposito, quia tunc appellationi potius standum est, nec pro sententia, appellatione pendente, præsumitur, *secundum Joan. Andrea & alios in cap. ut debitus. de appellat. Henric. Boic. in c. dilecti. eod. Innocent. in c. 1. de electio Anton. de Butr. Aretin. Imol. Panormit. & Felin. in c. quoniam contra falsa. num. 58. de probat. Abb. in c. ad reprimendam. num. 13. de offic. ordinar. Speculat. in tit. de prolat. sentent. § ut autem. versic. & nota.*

Imo etsi appellatum non fuisset, atque sententia pro matrimonio lata in rem judicatam
transiisse videatur, non tamen † præsumitur pro 328
ea sen-

ea sententia, si obstet aliquod impedimentum
Canonicum, puta, si in gradu prohibito contra-
ctum sit, cum in rem judicatam ne transiisse qui-
dem, de jure intelligatur, *per text. in c. consanguinei.
& in c. lator. de re judic. Andr. Gail. lib. 1. observat. pract.*
112. *num.* 2. *Calephat. inter consil. matrimon. consil.* 76.
num. 1. *tom.* 1. Unde in præsenti nostro casu ob e-
jusmodi impedimentum gradus appellatione ne
opus quidem fuisset, tantum abest, ut appellatio
interposita admitti non debeat.

Et licet à reo intra decendium à tempore latæ
329 sententiæ appellatum non fuisset, licuisset † ta-
men ei à præstatione juramenti delati actrici ap-
pellare, ut ostendit Mynsing. *observat.* 39. *cent.* 1. u-
bi addit in Camera Imperiali hujusmodi appel-
lationes approbari.

Quod autem objicitur, pro matrimonio præ-
sumendum, & pro eo potius, quam contra id ju-
dicandum esse, id multis de causis in casu hoc
proposito locum habere non potest. Matrimo-
nii enim substantialia & formalia circa consen-
sum in eo simultaneè adhibendum, & ratione le-
gitimitatis personarum non sunt probata, & ut
probata essent, matrimoniũ illud clandestinum
nihilominus dicendum foret, nec plene eo mo-
do, quo jus vult, probatum, ut ex superioribus
330 manifestum est. At † pro matrimonio non ali-
ter est præsumendum, nisi sua habeat substantia-
lia & formalia, ut tradit Alex. *in c. ex literis. el* 2. *de
sponsal.* Nec præsumitur pro matrimonio, si o-
mnino nihil sit probatum, imo ne tum quidem,
si semiplene etiam probatũ sit, sed tum demum,
331 si matrimonium plene probatum sit, eaq; † pro-
batio propter adversarii probationes reddatur
dubia, *c. in præsentia. de probat.* Wesembec. *consil.* 44.
num. 33. *part.* 1. atque ita consulti inter matrimo-
nialia consilia responderunt Alex. de Nevo *consil.*
35. *num.* 30. & Franc. de Doctor. *consil.* 68. *num.* 37.
tom. 1. cum quibus convenit Angel. de Castro *con-
sil.* 35. *num.* 30. *tom.* 1. ubi dicit, quod licet matri-
monium sit favorabile, favor tamen matrimonii
non est talis & tantus, ut pro eo judicandum sit,
si non sit probatum, quia pro eo judicandũ non
est, etiamsi sit probatum semiplene. Et pro ma-
332 trimonio † clandestino non præsumi probat Ga-
leaz. *consil. matrim.* 84. *num.* 1. *tom.* 1. Nam quod a-
lias dicitur, matrimonium esse favorabile, id lo-
333 cum non habet in clandestino. Matrimonia † e-
nim clandestina omni jure sunt odiosa, quia con-
trahuntur contra interdicta Ecclesiæ, *c. cum inhi-
bitio. de clandest. despons.* & per consequens in pec-
cato mortali, pro quo venit imponenda pœni-
tentia, ut habetur & notatur *in c.* 1. *&* 2. *de matri-
mon. contr. interd. Eccles.*

Neque simpliciter & indistincte verum est,
334 matrimonium esse favorabile, sed † id ita est ac-
cipiendum, si agatur de separatione matrimonii,
quod jam constat esse contractum, quia tunc ma-
gis favendum est matrimonio, quam separatio-
ni ipsius matrimonii, ut tradunt Jas. *consil.* 15. *vol.*
3. Dec. *consil.* 36. Sed si agatur de ipso matrimo-
nio probando, sive de substantia & veritate ma-
trimonii demonstranda, necessariæ sunt proba-
tiones luce meridiana clariores, prout elegantis-
sime distinxit Rubeus *inter consil. matrim. consil.* 73.
num. 11 *tom.* 1. Eaq; distinctio eo magis est admit-
tenda, quod ex ipsa natura rei sit desumpta. Ejus
enim, quod non est, nullus potest esse favor, ex
regula: Quod † non entis nullæ sunt qualitates, 335
gl. in c. bonæ memoriæ. el 1. *in verb. per rerũ naturam. de
electio.* & super non ente non versatur arbitrium,
*Bal. in l. milites. C. de testam. Octav. Cacheran. decis. Pe-
demont.* 107. *num.* 4. adeoq; nec matrimonii ab a-
ctrice prætensi ullus favor esse potest, ut quod
probatum non sit, & de quo non appareat, quip-
pe, ut supra etiam dictum est, paria sunt non es- 336
se, & esse, sed de eo non apparere, vel non pro-
batum esse, *per l. duo sunt Titii. ff. de testam. tut. c. ple-
riq;* 2. *quæst.* 2 *gl in c. ut circa.* § *alioqui. in verb. superve-
nerit. & c. nulli. de elect. in* 6. *Bart. in l. in lege fundi. ff.
de contrah. empt.* Atque inde est, quod dicit Jacob.
Leonissa *inter consil. matrim. consil.* 49. *num.* 1. *tom.* 1.
licet matrimoniũ res sit favorabilis, tamen esse
diligenter animadvertendum, ne sub hujus fa-
voris prętextu defendatur matrimoniũ, & intro-
ducatur, ubi non est, cui consentit, quod dicitur,
perinde favorabile esse, matrimonia etiam, de
quibus constat, quod contracta sint, sed illegiti-
me dissolvere, atque consolidare legitime con-
tracta, *Anton. de Butr. & Panormit. in c. series. de testib.
Idem Panor. in c. tenor. num.* 6. *de re judic. & in d. c. con-
sanguinei num.* 7. *Felin. in d. c. lator. num.* 3. *de re judic.*

Multo magis igitur favorabile est, matrimo-
nium, quod non est contractum, de quo non
constat, contractum esse, & quod omnino etiam
contrahi non potest, non colligate, cum etiamsi
contractum esset, ob impedimentum constans
dissolvendum foret, argumento à minori ad ma-
jus ducto, quod † in jure esse frequens, utile & 337
firmum, tradit Nicol. Everhard. in suis Topicis
legal. in loco à minori.

Debemus vero † etiam ita favere matrimo- 338
nio, ne ex favore isto alteri injuriam aut injusti-
tiam inferamus, ut egregie tradunt Bald. *consil.* 5.
num. 1. *vol.* 1. Alex. *consil.* 152. *vol.* 5. Decius *consil.* 133.
circa fin. Doctores Germaniæ inter consilia Zasii
consil. 3. *vol.* 2. Corat. *in tractat. de commun. opin. lib.* 2.
tit 9. *casu* 20. *num.* 11. ubi pro hac sententia addu-
cit text. *in c. ex tenore. de for. compet.* & addit *num.* 112.
favores & privilegia in præjudicium tertii non
esse amplianda, sed restringenda, *per l. quod vero
contra. & ibi Doctor. ff. de legib.* cum late traditis per
Felin. *in c. causam quæ. de rescript.* In hac vero causa
alteri injuria fieret, si matrimonium non proba-
tum probare, aut non ratum judex ratum habe-
re velit.

Quam ob causam hic etiam locum non ha-
bet, quod dici solet, uni † Doctori pro matri- 339
monio stanti plus esse credendum, quam mille
aliis, & opinionem unius Doctoris particularem
pro matrimonio, præferri opinioni communi
contra matrimonium militanti, quia responde-
tur, quod illud locum habeat, quando illa opi-
nio esset vera, & non posset convinci rationibus,
secus quando esset falsa, ut declarant Panormit.
in c. fin. de sentent. & re judic. de mente Joan. An-
dreæ *in c.* 1. *de constitut.* quos refert & sequitur Bru-
nel. *inter consil. matrim. consil.* 74. *num.* 7. *tom.* 1. Ne-
vizan. *in sylv. nupt. lib.* 5. *limit.* 9. *num.* 73. Corset. *in
suis singulat. in verb. opinio. num.* 2. prout in nostro
casu, ubi, si quis velit prætensum matrimonium
dicere matrimonium, falleretur, cum ex incon-
vincibi-

vincibilibus rationibus appareat, quibus responderi non potest, tale matrimonium nunquam contractum, imo ne contrahi quidem de jure potuisse. Deinde responderi potest, ita demum unius Doctoris opinionem particularem pro matrimonio stantem præferri opinioni communi contra matrimonium, si in ejusmodi casu versemur, quo de matrimonio ejusq; veritate & substantia certo constaret, secus si dubitetur adhuc, utrum matrimonium aliquod contractum sit, imo si certum sit, prout in nostro casu, matrimonium non esse, aut certe nulliter contractum, Nevizan *d.limit.9.num.73.* Corat.*d.casu 20. num.114.* ubi hoc ita se in matrimonio & alia qualibet favorabili causa habere dicit, rationem assignans, quod nulliter adesse, & non adesse paria sint.

340 Singula † porro conjuncta juvant quidem, sed non probant, præsertim si ad diversos fines tendant, quia probationes imperfectæ ita demum conjungendæ sunt, si ad unum eundemq; finem tendant, quod, cum in aliis causis, quæ modici sunt præjudicii, servetur, teste Mynsingero, *observat.100.centur.2.* multo magis in causa matrimoniali, quæ maximi præjudicii esse in jure dicitur, servandum erit.

Et cum causa matrimonialis æquiparetur criminali, in criminali † autem imperfectæ pro-
341 bationes simul junctæ perfectam probationem non faciant, *Doctor. in l.3.& in l.admonendi.ff.de jurejur gloss.in c.veniens.el 1.in verb.illorum.de testib. Salycet. in l fin.C.de probat. Alexand.consil.15.num.6. volum.1.& consil.143 num.4.volum.2 Decius consil.429. num.8.& seq. & consil.615. num.8.cum seq.* indidem conficitur, nec in causa matrimoniali probationes imperfectas conjungendas esse. Et generaliter verum est, quod † ubi agitur de pleno præ-
342 judicio, ibi quoq; plenæ requirantur probationes, *l. judices. cum ibi not. C.de judic. & not. in l. 1. C. quor.bonor. facit l.1.§.sed etsi quis.ff.de Carbon.edict. & c.ubi periculum.de elect.in 6.*

Quam juste autem sive tuto Scabini Reipub. G. fecerint in hac causa juramentum suppletorium actrici deferendo, idemq; ab ipsa corporaliter exigendo, sane non videmus, cum non pauca sint, quæ id de jure deferri non debuisse sua-
343 deant. Nam quod † in causis matrimonialibus juramentum suppletorium non deferatur, est gloss. *in l.3.§.1.ff.de jurejur.& in c. mulieri.eod.* & ibidem Panormit. Anton.de Butr. Cardinal.& Imol. Anchar.*in c.fin.eod.* Bart. Castrens. Alex.& Jas. *in d. l.3.* Idem Jas. *in l.admonendi lect.1.num.102.ff.de jurejur.* & ibid. Curt. jun. *num.66.* Hippol. *in l maritus num.13. & in l.de minore.§.plurimum.num.63.ff.de quæstio.* Marc. Anton. Blanc. *in repetit. l. fin. num. 119.ff.eod.* Lancellot. Corrad. *de offic.prætor. in causis civilib. in tit.de juram.num.5.* atq; ita quoq; consulti responderunt Alexand. *consil.143. col.2. vol.2.* Decius *consil.133.num.2.* Gozadin. *consil.11.num.19.* Paris. *consil.53.num.39. vol.3.* & hanc opinionem communem esse testantur Curt. jun. *in d.l admonendi.num.66.* Deci. *d.consil.133.num.2.*

344 Quemadmodum nec † in causa criminali, cui matrimonialis comparatur, ut sæpe dictum est, id juramentum defertur, *Doctor. in d. l.admonendi. num.224.* ubi hanc opinionem veram & communem dicit Hippolyt. *in d. l. de minore. §. tormenta.* Corn. *consil.172.num 1.vol 3.* Dec. *consil.458.num. 4.* Capel. Tholos. *decis 243.*

Cumprimis autem † in matrimonio clande- 345
stino juramentũ suppletorium non deferri consuluit Anton. Gravat. *inter consil. matrimon. consil. 81.num.27.& seqq tom.1.* ubi *num.44.* dicit, in matrimonio clandestino communem sententiam moderandam censeo, nec locum sibi vindicare, ut suppletorium juramentum deferatur, sed in non clanculum facto conjugio, aut si diu veluti conjuges permansissent, & deinde quæstio super matrimonio incideret, & matrimonium, per quamplura adminicula plusquam semiplene probaretur, locum esse juramento, secundum communia dicta existimo. Quamvis autem quidam velint, ut ex modo relatis Gravatii verbis satis colligitur, si quis probasset plusquam semiplene, ut tum juramentum hoc deferatur, per gloss. *in c.vidua. de regular.* Panorm. *in d. c. mulieri. num.6. versic. quid enim si actor.* Castr. & Alex. *in d.l.3. in princ.colum.45. & ibi Jas. num.26.* tamen ne sic quidem in hoc nostro casu ex illorum ipsorum sententia id locum habere poterit, siquidem actricis immodestia & mores mali ex actis sunt notissimi, illi autem sententiæ suæ hoc temperamentum addi velint; ut juramentum suppletorium in causa matrimoniali deferatur, consideratis qualitatibus & circumstantiis personarum ei, quæ probitatis opinionem apud omnes habeat, sitq; vitæ integritate conspicua, & inferiorem suæ dignitati & conditioni, vel saltem æqualem in matrimonium petat, ut notant Panormit. *in d.c.mulieri num.6.* Alex. *in d.l.3.num.16.* Jas. *in repetit. d. l.admonendi. num.231.* & consuluerunt Boer. *consil. 40. num. 69.* Bald. *consil. 122 & 123.vol.2.* Corn. *consil. 135. col.fin.vol.1.* Socin. *consil. 136.vol.2.* Zas. *consil.9.num.37.vol.1.* Cravet. *consil. 73.num.24. & 26.& consil. 198. num. 19.* Fichard. *inter consil.matrimo.consil.38.num. 10 tom.2.* Tiraq. *in tract. de pœn. causa 51 num.47.* Andr. Gail. *lib.2. observat pract.94.num.12.* & hanc opinionẽ communibus suffragiis recipi testatur Curt.jun. *in repetit.d l.admonendi.num.67.*

Tantoq; magis in causis matrimonialibus, utpote gravibus & arduis, attendendum est, cum alias † etiam in causis levioribus juramentum sup- 346
pletorium non deferatur personæ vili & suspectæ, sed ei, quæ honestæ vitæ bonæ opinionis atque famæ sit, *Bart in d. l.admonendi. num.5. & ibid. Jas.num 260. Bald.in l.qui accusare. C.de edend. Ripa in l.damnum.num.6. ff. de damn.infect. Panormit.in c. fin.§ sane.de jurejur. Socin.consil.136.volum.1.& consil. 161. vol.2. Grat. consil.154.in fin. vol.2. Hippol.singul. 74.incip.notissimum. Menoch. de arbitrar jud quæstio. lib.2.casu 190.num.2. Mynsing observat.68.cent.1. Pet. Benintend.decis.Bonon 67.num.5.*

Id autem † judicis arbitrio committitur, qui 347
pro sua discretione & prudentia, omnibus circumstantiis utrinq; accurate & exacte ponderatis, judicabit, utrum juramentum hoc sit deferendum, necne, *Archidiac. in c. viduas. 27 quæst.1. Panorm.in d.c.mulieri.num.6. Anto.de Butr.in c.ult.de offic.delegat. & in c.edoceri.col.2.de rescript.* ita tamen ut arbitriũ illud sit discretum, & ejusmodi, quod viro bono conveniat, non vagum aut indiscre-

M tum,

tum, *c. in generali de regul. jur. in 6. gloss. in clem. sæpe. §. non sic tamen. verb. defensiones. de verb. signific.* sed à jure regulatum, *Bart. in extrav. ad reprimendum. in versic. videtur* Jas. *in l. etsi post tres. num. 6. ff. si quis caution. Angel. consil. 312. num.* 4. non aliter atq; clausula rescripti, *Sola facti veritate inspecta procedas*, intelligitur de veritate legibus roborata, per textum *in d. clem. sæpe. §. non sic tamen. ubi gloss. & Doctor.* text. *in l. nemo. C. de sentent. & interlocut. omn. judic.* Felin. *in c. 1. num. 51. de constitut. & in c. dilecti. num. 2. de judic.* Rota. *decis. 2. de rescript. in novis.* Et in specie, quod hoc relinquatur in causis matrimonialibus arbitrio judicis discreto, tradit Panorm. *in d. c. mulieri. col. 4. de jurejur.* per text. *in cap. fin. eod. juncta d. l. 3. §. quacunq.* Stephan. Aufrer. *in addit. Capell. Tholoss. decis.* 171.

348 Nunquam † autem vir bonus arbitraretur, personæ viliori quæq; integritatis opinionem apud omnes non habeat, ut est actrix in hoc processu, juramentum suppletorium deferendum esse.

349 Nec † arbitraretur id deferendum esse, si id, quod probandum erat, semiplene non probatum fuerit à parte, *Alex. consil. 32. vol. 1. & consil. 19. vol. 4. Corn. consil. 194. vol. 2. Mynsing. observat. 68. cent.* 1. aut etiamsi semiplene probatum fuerit, non tamen necessario, sed tantum præsumptive, *gl. in l. 3. §. 1. ad fin. in verb. levior. & in l. non est verosimile. ff. de minor. Hippol. singul. 83. incip. in ore vulgi. versic. tene etiam menti. Mynsing. d. obser. 68.* aut si præsumptione aliqua dilui & elevari possit, *gloss. in l. 1. C. qui & advers. quos. & ç. l. si duo patroni. ff. de jurejur. Ludov. Roman. consil.* 91. *num.* 10.

350 Multo vero minus id † in causa matrimoniali arbitraretur, siquidem in ea communi omnium Doctorum calculo etiam semiplene probanti, tametsi honestæ & probatæ vitæ sit, non est deferendum, *ut est gl. in d. c. mulieri. & in c. tam literis. in verb. probata. de testib. & in c. cum sunt partium. de regul. jur. in 6. gl. in d. l. 3. §. quacunq. Hippol. singul. 635. incip. memoria teneo.*

351 Nec † arbitraretur judex, in supplementum probationis semiplenæ juramentum deferri ei, qui habet præsumptionem juris, etiam levissimam contra se, *gl. in l. 1. verb. non sit. & ibid. Bart. & Bald. C. qui & advers. quos restit. in integr.* quam glossam communiter approbatam dicit Præpos. *in c. fin. col. 4. in princ. qui matrimon. accus. poss.* & idem dicunt Bart. *in l. inter omnes. §. recte. versic. tu dic brevius. ff. de furt.* Felin. *in c. novit. nu 15. de judic. & in c. 1. nu.* 17 *&* 18 *de constitut.* & ibi Dec. *col. penult.* Idem Felin. *in c. quosdam. de præsumpt.* Jas. *in repetit. l. admonendi. col. 95. versic. ex hoc correlative infertur. ff. de jurejur. & in §. aliæ nu. 92. Instit. de actio.* Octav. Cacher. *decis. Pedemont. 71. nu 3.* Petr. de Benintend. *decis. Bonon. 67. num. 6.* Mynsing. *obser 68. in fin. cent. 5.* imo contra quem vel levissima aliqua staret suspicio, *gl. in d. l. 1. & ibi Bald. in versic. ex his notat. Petr. de Benintend. decis. Bonon. 61. num 3.*

352 Præsertim, si † suspicio sit, eum, cui defertur, facile pejeraturum, *Hippol. in l. penult. num. 72. ff. de quæstio. Idem singul. 74. Plot. in l. si quando. nu. 794. C. unde vi. Afflict. decis. Neapol. 36. nu. 2. Menoch. de arbitr. judic. quæstio. casu 192. num. 3.* cujusmodi suspicio in præsenti casu circa actricem est maxima, quia præsumendum est, quod actrix potius pejerabit, quam ut seipsam prodat, *Hippol. in l. quæstionis habende. nu. 33 ff. de quæstio. Anto. Gravat. consil. matrimo. 81. num. 37. tom. 1.* quo argumento utitur Cacheran. *decis. Pedemont. 66. num. 5.* in casu delicti ab aliquo commissi.

Quæ præsumptio contra actricem eo est fortior, quod ex duorū testium depositione, prout supra dictum est, constat, quod actrix dixerit, sese nec cum dispendio salutis æternæ remissurum esse reo id, quod ipsi fecisset.

Non † etiam arbitraretur judex, hoc juramentum deferendum esse super eo, quod non est verosimile, *Hippol. in rubr. C. de probat. num. 111. gl. in d. l. 1.* cui suffragantur Bald. *ibid.* & Jas. *in repetit. d. l. admonendi. num. 220. & 247.* At quod verosimile non sit reum matrimonii fidem dedisse actrici, ex compluribus argumentis & præsumtionibus paulo ante deductis plus est, quam manifestissimum. 353

Nec videmus actricem plus probasse, quam reum, imo quod aliquid probaverit, negamus, & ut probaverit aliquid, probationes tamen illæ probationes rei non elidunt, ut † ita reo potius quam actrici, juramentum purgationis deferendum fuisse, si omnino ullum deferre necessarium erat, videretur, per ea quæ tradunt Jas. *in d. repet. l. admonendi. nu. 260.* & Steph. Bertrand. *consil. 27. nu. 5. part. 1.* Nam in causis matrimonialibus juramentum purgationis, si matrimoniū plene probatum non fuerit, deferri posse hoc modo, quod non sit maritus Catharinæ, quod nunquam contraxerit matrimoniū cum ea, & quod nunquam in eam tanquam in uxorem consenserit, est text. *in c. continebatur. & in c. attestationes. de desponsat. impub. c. fin. de jurejur.* atq; ita consultus respondit Jacob. Leonissa *consil. matrim. 48. nu. 36. & consil. 49. nu 104. tom. 1.* & Henning. Göden. *consil. matrimo. 1. num. 10. tom. 2.* Sed cum ex supradeductis id totum sit irrelevans, non est necessarium, imo ne admittendum quidem. 354

Cum igitur reus plus probaverit quam actrix, imo cum actrix matrimonium non probaverit, imo vero cum etsi de matrimonio constaret propter impedimentum canonicum esset annullandum, præterea de perjurio valde esset suspecta, aliæq; contra ipsam quamplures, atq; eæ non leves, sed gravissimæ juris præsumptiones militarent: inprimis autem quod demonstratum esset, eam esse immodestam, nec apud omnes habere opinionem probitatis & honestatis, & præter id non nisi gravissimis causis urgentibus ad juramentum suppletorium deferendum judex devenire debeat, aliæq; multæ, tam ex facto, quam ex jure concurrant circumstantiæ, ob quas omnino deferendum illud actrici nō erat, nimis late Scabinos arbitriū suum contra jus & legitimam facti ipsius cum omnibus suis circumstantiis examinationem atq; ponderationem, quod citra ipsorum injuriam dictum volumus, extendisse omnino existimamus.

Non obstat, actricem juramentum illud sibi à Scabinis delatum corporaliter præstitisse, quia facto † alterius alteri conditio iniqua inferri non debet, *l. non debet. ff. de regul. jur. cum similib.* Et cum juramento illo injuria fiat reo, & injustitia committatur, quin etiam id, quod non subsistit, nec 355

est

est, confirmati videatur, non est attendendum, siquidem tritum est, juramentum vinculum iniquitatis esse non debere, *per c. quanto de jurejur. c. 1. §. quia vero eod. in 6. c. inter caetera 22 quaest. 4. Decium consil. 180. num. 4. & consil. 181. num. 2.* facit text. *in*
357 *l. fin. ff. qui satisd. cog.* & quod † debeat habere tres comites, qui, ut superioribus liquet, hic absunt, veritatem, judicium, & justitiam, *c. etsi Christus. §. Jacobus. de jurejur. d. c. advertendum. Dec. d. consil 180. num. 5. Curt. jun. consil. 141 nu. 9. Socin. jun. consil. 48. num. 25. vol. 1. Roland. à Valle. consil. 7. num. 48. vol. 3. Cravet. consil. 144. num. 16. Menoch. de arbitr. jud. quaestio. casu 260. num. 35.*

358 Eamq; ob causam † juramentum, etiamsi ipsi actui adjiciatur, semper habet tacitam illam conditionem, quam habet actus seu obligatio, super quo interponitur, adeo ut si nulla sit obligatio, nec juramentum ullum esse censendum sit, *cap. quemadmodum. & ibi gl. in verb. conclusio. de jurejur. l. fin. C. de non num. pec. l. si unquam. C. de revoc. donat.*

Juramentum enim obligationis accessorium est, adeoq; cum principale, cui accedat in rerum natura non est, vel non subsistit, nec ipsum utiq; existere vel subsistere intelligendum est, *c. accessorium. de regul. jur. in 6. l. cum principalis. ff. eod. & utrobiq; Doctores.*

359 Nec † potest ullum juramentum defectum consensus & formae in matrimonio praetenso supplere, *l. fin. C. de non numer. pecun. Dec. in l. non omnis. num. 11 ff. si cert. pet. & consil. 403. col penult. versic. cum ergo Stephanus. & consil. 523. num. 12 post Bart. in l si quis pro eo. ff. de fidejussor. Steph. Bertrand. consil. 28 num. 10. part. 1. Crot. consil. 12. nu. 15. & 16. Vivius in opin. commun. in verb. juramentum super contractu simulato. versic. quia consensus deficit. Octav. Cacher. de-*
360 *cis. Pedem. 92. nu. 19.* Juramentum enim † non alterat naturam actus, super quo interponitur; *l. si pecuniam. ff. de condict. ob caus. dat. Carol. Ruin. consil. 134 col. 3. vol. 1.* sed assumit naturam ejus, *d. l. fin. ubi Doctor. C. de non numer. pec.* & est communis opinio, ut notat Ant. Gabriel. *lib. 2. commun. conclus. in tit. de jurejur. conclus.* 10. & Franc. Bursat. *consil. 60. num. 57. vol. 1.*

Atq; hinc etiam omnis illa praesumptio cessat, qua dicitur, neminem praesumi salutis aeternae immemorem esse, & pejerare velle, quia praesumptiones praesumptionibus, & multo magis probationibus tolli certum est.

Itaque reus non sine causa ab irreparabili isto gravamine à judicibus prioris instantiae sibi illato appellavit & protestatus est, idq; eo magis, quod judices illi ante juramentum praestitum à procuratore rei de causis admoniti, quare illud deferri non debuerit, multo minus praestari eas admittere & audire noluerunt. Licitam enim
361 esse, † appellationem eiq; deferendum non solum, si appelletur à delatione juramenti, sed à juramento etiam praestito in Camera Imperiali receptum esse supra diximus ex Mynsing. *obser. 39. cent. 1.* & pro eo textus est expressus *in l. creditor. §. jussus. ff. de appellat.* ubi dicit Scaevola, quaesitum est, an post jusjurandum appellationem interponere possit, respondi, nihil proponi, cur denegandum esset appellationis auxilium, quem textum Zas. *in l. properandum. §. sin autem reus num. 15. C. de judic.* dicit esse notabilem.

Praeterea † sententia in causa matrimoniali lata etiam pro matrimonio, nunquam ita in rem judicatam transit, quin semper judicis errore & comperta veritate retractari possit, praesertim si obster impedimentum aliquod canonicum, & matrimonii substantialia deficiant, *c. lator. c. consanguinei. de re judic. c. fraternitatis. de frigid. & malefic. Joan. de Imol. in c. fin. nu. 10 & 11. de jurejur.* idq; communi Doctorum calculo receptum esse dicit Joan. Fichard. *consil. matrim. 38. num. 7.* ubi plures allegat, & praeter eum novissime Andr. Gail. *lib. 1. observat. pract. 112. num. 12.* 362

Quibus accedit, quod, etsi de recipienda appellatione dubitari posset, quod tamen in hoc casu non putamus; tamen regula sit certissima, quod † in dubio appellationes sint recipiendae, nec rejiciendae, *Specul. in tit. de appellat. §. nunc dicamus num. 5. Alexand. in l. ad probationem. la 1. num. 22. C. de probat. ubi multos ad hoc allegat, Roland. à Valle consil. 18. num. 3. vol. 3. Andr. Gail. lib. 1 observat. pract. 81. nu. 11.* eamq; esse regulam vulgarem dicit Jos. Ludovic. *decis. Perus. 40. num fin.* quia † regulariter à quacunq; sententia appellatio permissa est, nisi expresse reperiatur prohibita, *l. & in majoribus. C. de appellat. gloss. ordinaria in l. qui restituere. in fin. ff. de rei vindicat. Socin. consil. 195. nu. 1. & consil. 300. nu. 9. Dec. consil. 34. num. 2. post Speculat. Bald. & Angel. per eum allegatos, & consil. 49. num. 1.* 363 364

QUARTI ET ULTIMI CAPITIS RESOLUTIO.

Ex his omnibus inter se collatis, atq; ad jura examinatis non est obscurum, qualis sententia pronuncianda fuerit à judicibus instantiae primae, nempe absolutoria rei, eo tamen in ducentos thaleros actrici, ejusq; patri solvendos condemnato, & expensis judicialibus compensatis. Id vero cum judices illi non fecerint, sed actrici juramentum suppletorium detulerint, & delatum etiam ab ea corporaliter exegerint: de jure autem id facere non debuerint, existimamus in instantia appellationis, quae est coram sede M. eam sententiam reformandam esse, & pronunciandum in prima instantia male judicatum, & bene inde appellatum, ac proinde juramentum ab actrice praestitum cassandum, & reum ab instituta actione liberandum, actrici tamen in ducentos thaleros condemnandum, & expensas utriusq; instantiae compensandas esse, idq; dominos Judices secundae instantiae omnibus actis atque actitatis diligenter lectis & ponderatis, omnino ita facturos esse non dubitamus.

Dotem † ideo non majorem, quam ducentorum thalerorum esse debere existimavimus, quia licet amplas reus dicatur habere facultates, & in dotanda puella substantia dotantis spectari debeat, *l. cum post. §. gener. & l. quaero. ff. de jure dot.* & in specie secundum modum facultatum, quas stuprator habet puellae stupratae dotem constituendam esse tradant glossa *in c. 1. verb. juxta modum. de adulter. & ibid.* Panormit. *notab.* 4. Jas. *in § omnes. nu. 24. & seq. Instit. de actio.* & late Cacheran. *decis. Pedemont. 107. num. 2. & seq.* addens, ita etiam decisum esse à Senatu Pedemontano, tamen simul conditio puellae & patris ejus consideranda est, *d. l. quaero l. si curatoris. C. de admin. tut.* Puellam vero 365

in hoc casu vilioris esse conditionis, & patrem pauperiorem, ex actis satis apparet, & reus adhuc filiusfam. est: at vel sola transactione hæc res abunde decisa est, ita ut ex ea actrici non plures, quam ducenti thaleri dotis nomine debeantur, cui transactioni standum esse, superiore capite ostensum est, idque ratione dotis eo est verius, quod ea in parte non de matrimonio, sed de solo stupro, ob quod dos petitur, transactum sit, ideoq; hic tanto minus locum habeat, quod de matrimonio transigi non posse, male objicitur, qua de re videatur Joach. à Beust post hoc consilium scriptum primum editus *in tractat. de sponsal. cap. 29. versic. si tamen casus. & cap. 49. & 50.*

566 Quod ad expensas attinet, eæ † omnino compensandæ sunt, non solum ob id, quod reus in hac causa obtinere debet, verum etiam, quod tum etiam si reus ad juramentum præstandum condemnandus fuisset, fuissent compensandæ, cum pro se habuerit non solum duorum clarissimorum Jurisconsultorum consilium, cujusmodi qui habet, ab expensis absolvendus venit, etiamsi in causa succumbat, ut censent Doctores nostri *in l. properandum. §. sin autem alterutra. C. de judic.* & refert Andr. Gail. *lib. 1. observat. pract. 152. num. 6.* sed etiam totius Collegii H. pro quo, utpote à Collegio integro profecto, magis præsumitur, quam pro consilio personarum singularium, ut respondit Decius *consil. 400. num. 1. & consil. 615. num. 4.* ac proinde argumento à minori ad majus ducto ratione expensarum eo magis erat absolvendus.

Nec deerat ipsi justa litigandi causa, utpote qui, si nihil aliud, transactionem saltem pro se habuisset. At certi juris est, quod qui justam litigandi causam habuit, is in expensas condemnandus non sit, *l. qui solidum. §. etiam. ff. de legat. 1. gloss & Doctores in d. l. properandum. cum infinitis aliis relatis à Diazio reg. 274. & Andr. Gail. d. obser. 152. num. 3.* Actrici autem justam litigandi causam in hac instantia præbuit sententia in priori instantia pro ipso lata, ex qua judicem id arbitrari, ut expensæ compensentur, multis refert & probat Andreas Gail. *d. obser. 152. nu. 5.* ubi etsi distinguat, an appellatus ex primis actis, an vero ex noviter deductis & probatis convincatur, tandem tamen subiicit communiter in Camera succumbente appellato expensarum compensationem fieri, quia appellatus justam causam litigandi habere præsumatur, cum sententiam pro se habeat, & ab appellante citatus comparere, seseq; defendere debeat, idemq; respondit Mynsing. *consil. 3. n. 22. & seq.*

Decanus & cæteri Doctores facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi subscripserunt & signarunt Septembri, Anno 1582.

CONSILIUM XVI.

Quod est
HERMANNI VULTEJI Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Jurisdictionis quæstio omnis difficilis est & obscura.*
2 *Judex loci, in quo delictum est commissum, cognoscit de eo, tametsi delinquens alibi habeat domicilium.*
3 *Ratio omnium, quæ constituta sunt, reddi non potest.*
4 *Reipub. interest ne delicta maneant impunita.*
5 *Judex originis sive domicilii non potest ex officio inquirere de delicto commisso in territorio alieno, quod declaratur num. 42. & 43.*
6 *Delictum dat jurisdictionem.*
7 *Judex originis remittere tenetur delinquentem ad judicem loci delicti.*
8 *Non obstante contraria consuetudine.*
9 *Consuetudine Germaniæ probatum est, ut delinquens capiatur & puniatur à judice loci, in quo delictum commissum est.*
10 *Argumentum à minori in jure est frequentissimum.*
11 *Jurisdictio in dubio est ordinarii.*
12 *Affirmanti probatio incumbit.*
13 *Privilegia sunt facti.*
14 *Facta sunt probanda.*
15 *Firmiora sunt, quæ aguntur jure communi, quam quæ aguntur speciali.*
16 *Civitates privatorum loco habentur, quod declaratur num. 55.*
17 *Scriptura privata non creditur in commodum producentis.*
18 *Fiscus non potest se juvare scriptura privata.*
19 *Scriptura civitatis probant inter cives ejus civitatis.*
20 *Privilegium à principe indultum scripturam requirit.*
21 *Forma rei dat suum esse.*
22 *Forma non servata actus ipso jure nullus est.*
23 *Sigillans consentire & confirmare intelligitur.*
24 *Referenti non creditur, nisi constet de relicto.*
25 *Multa tractantur, quæ non proficiuntur.*
26 *Quod instrumentum non dicit, nec nos dicere debemus.*
27 *Beneficia principum, quatenus verum sit, latissime esse interpretanda.*
28 *Privilegia stricte sunt interpretanda.*
29 *Reatus excludit omne privilegium.*
30 *Jurisdictio ordinaria non excluditur per extraordinariam.*
31 *Jurisdictio ordinaria præferenda est concessæ peculiariter.*
32 *Confirmatio privilegii non valet, nisi appareat de ipso privilegio, ipsumq; sive tenor ejus confirmationi sit insertus.*
33 *Confirmatio accessorium est confirmati, ut hoc sublato, & illud intelligatur nullum esse.*
34 *Paria sunt aliquid non fieri, aut fieri quidem, sed non legitime.*
35 *Privilegium non utendo amittitur, quod declaratur num. 70.*
36 *Delinquens conveniri potest in loco originis suæ, de delicto etiam alibi commisso.*
37 *Ratio legis tam est attendenda, quam lex ipsa.*
38 *Præventio locum habet in jurisdictionibus.*
39 *Actor forum rei sequitur.*
40 *Judex originis cognoscere potest de contractu alibi gesto, itemq; de re alibi sita.*
41 *Judex originis potest procedere per inquisitionem contra subditum, de delicto alios extra territorium commisso.*
44 *Opinio communis non est attendenda, si ejus contraria sit recepta consuetudine.*
45 *Consuetudine necessitas remittendi delinquentem ad locum delicti commissi remissa est.*
46 *Princeps quilibet in suo territorio potest, quod potest Imperator in Imperio.*

47 *Privatio præsupponit habitum.*
48 *Consuetudine & privilegio jurisdictio acquiri potest.*
49 *Privilegio concedi possunt omnia, quæ consuetudine acquiruntur.*
50 *Statutum disponens de delicto alibi commisso puniendo declaratur.*
51 *Antiquitas unde æstimetur.*
52 *Probationes leviores sufficiunt in antiquis.*
53 *Scriptura privata antiqua in antiquis probat, & num.54.*
56 *Plurale non verificatur in uno.*
57 *Impossibilia censentur, quæ à voluntate principis dependent.*
58 *Antiquitas inducit præsumptionem rei solenniter gestæ.*
59 *Inscripta parietibus templi probant.*
60 *Testis de auditu probat in antiquis.*
61 *Argumenti à verosimili magna est vis & effectus.*
62 *Paria sunt verbis expressa, & expressa relative.*
63 *Privilegia interpretanda sunt cum effectu.*
64 *Privilegia largissime sunt interpretanda.*
65 *Concedentis persona inducit interpretationem concessionis.*
66 *Privilegiorum verba sunt attendenda, etiam nociva tertio.*
67 *Privilegium contra concedentem latam recipit interpretationem.*
68 *Intellectus c.1.de privileg.in 6.*
69 *Privilegium civitati concessum non amittitur propter conventionem civium.*
71 *Judici incompetenti impune non paretur.*
72 *Inhibitiones cum citationibus decerni possunt à judice appellationis.*
73 *Appellatio suspendit & devolvit causam ad judicem appellationis.*
74 *Appellatione interposita nihil est novandum.*
75 *Judicis jussui parendum est, nisi iniquitas ejus sit notoria.*
76 *Appellare licet etiam tertio, si sua intersit.*
77 *Judicatum dici non potest ab eo, qui jus judicandi non habuit.*
78 *Res judicata pro veritate habetur.*
79 *Connexorum idem est judicium.*
80 *Jussus principis est quid facti.*
81 *Rescripta principum subreptitia nullam tribuunt jurisdictionem.*
82 *Successores tenentur servare facta antecessorum suorum.*
83 *Princeps revocans non revocandum, præsumitur circumventus, etiamsi id faciat cum clausula, Motu proprio.*
84 *De principis potestate disputare non licet; at de voluntate & scientia ejus licet inquirere.*
85 *Mandata principum etiam, ex certa scientia & motu proprio, concessa, nihil operantur in prajudicium tertii.*
86 *Rescripta principum intelligenda sunt sine injuria aliorum.*
87 *Defensio cuilibet omni jure permissa est.*
88 *Pro tuitione etiam rerum suarum licet adversarium occidere.*
89 *Rebellio fit cum conspiratione in suum principem.*
90 *Non entis nulla sunt qualitates.*
91 *Ignorantia facti alieni præsumitur, & est probabilis.*
92 *Ignorantia etiam crassa & supina removet dolum & crimen.*
93 *Animus & intentio maleficia distinguit.*
94 *Rebellio non fit sine dolo.*
95 *Rebellis non esse intelligitur, qui pro rebelli declaratus non sit.*
96 *Sententia necessaria est etiam in his, quæ ipso jure esse dicuntur.*
97 *Sententia declaratoria etiam in notoriis est necessaria.*
98 *Renunciare quis potest juri suo, non alieno.*
99 *Juramentum præcise obligat jurantem.*
100 *Necessitas ex illicito facit licitum.*
101 *Pœna esse non debet, ubi non est delictum.*
102 *Necessitas officii excusat.*
103 *Damnum quis pati non debet ex officio suo.*
104 *Causam litigandi justam habens in expensas, condemnandus non est.*

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ARDUA hæc est & gravis consultatio, quæ de proposita facti specie, & diversis inde emergentibus quæstionibus expetitur. Est enim
de jurisdictione; cujus † quæstionem omnem 1
obscuram esse atque difficilem, tradunt Doctor. *ad l.Imperium ff.de jurisdict.in princip. Anton.Govean. lib.1.de jurisdict.in princip.* atque tot commentariis sinuosisq; voluminibus tractatam, quod amplissimæ Ptolomæi bibliothecæ, si in acervum congerantur, resarciendæ abunde sufficerent, ut dicit Joannes Longovall. *ad dictam l. Imperium. in princip.*

Sunt vero non pauca, quæ urgere videntur cives T. ob delicta, à se extra urbem T. commissa, non esse necessario coram ejus urbis Senatu conveniendos, sed recte alio evocari posse. In-
dubitati enim juris est, judicem † loci, ubi deli- 2
ctum patratum esse dicitur, posse cognoscere, & in delinquentem animadvertere, etiamsi delinquens non sit ejus jurisdictioni suppositus, siquidem ubi quis deliquit, ibi juri subjacere debet, *textus est in l.1.& Authent.qua in provincia.C.ubi de crimin. agi oport. l. si cui. §. penult. ff. de accusat. l. præses provinciæ. ff.de offic.præsid. gloss. in l. à Divo Pio. §. sententiam. ff. de re judic. c.ult. & ibi gloss. de foro compet.* atque ita omnes Doctores sentire *in l.solent.ff. de custod.reor.* asserit Didac.Covarr. *pract.quæst.cap. 11.num.3.*

Et quamvis † non omnium, quæ à majori- 3
bus constituta sunt, ratio reddi possit, neque vero ratio eorum semper inquiri debeat, *l. non semper.& l.seq.ff.de legib.l.liberum est.ff.de religios.& sumptib.funer. l. ita vulneratus. §. idq; est consequens. ff. ad leg.Aquil.l.disputare. C.de crimine sacrileg.* cur tamen de delicto in loco delicti cognosci debeat, rationes sunt evidentissimæ, quas recenset Jacob. de Bellovis. *in c.Romana.§.contrahentes.num.*110. *de foro compet. lib.6.* & Covarr. *d. cap.11. num 3.* Cumprimis vero legumlatores in ejusmodi jure constituendo hoc spectarunt, quod facile accidere possit, si delinquenti jus revocandi domum concederetur, ut aut delicta omnino maneant impunita, adeoque injuria territorio, in quo deli-

 ctum

ctum commissum est, illata non vindicetur, aut difficilius ad cognitionem de crimine perveniatur, quod alias facilime, si in loco delicti commissi cognitio de eo institueretur, fieri posset. At
4 maxime † interest Reipub. delicta non manere impunita. *d.l. ita vulneratus. §. quod si quis. l. congruit. ff. de offic. præsid. l. si à reo. § fin. ff. de fidejuss. c. ut fama. de sent. ex commun. Bart. in l. quemadmodum. num.* 11. *C. de agricol. & censit*, idq; vel propter exemplum, ut alii metu pœnæ à similibus perpetrandis deterreantur, *l. si quis § penult. l. capitalium. § famosos. ff. de pœn. c. 1. de calumniat. c. quapropter. 2. quæst. 7.*

5 Hinc traditum est, judicem † loci originis seu domicilii non posse inquirere de delictis ab eo, qui alias ipsius jurisdictioni ratione personæ subjectus est, alibi commissis & pattatis, cum id spectet ad judicem loci, in quo delictum patratum est, *per text. in c. si peccaverit. 2. quæst. 1. c. postulastis de for. compet. l. 3. C. de curs publ. lib. 12. Doctor. in l. fin. C. de jurisdict. omn. judic. & in c. fin. de for. compet. Odofred. & Jacob. de Bellovis. in d. l. 1. C. ubi de crimin. agi oport. Joh. Andr. in addit. ad Speculat. in tit. de compet. judic. ad §. 1. Bald. in l. 1. C. de edict. edict. Salycet. in l. si servos. C. ad leg. Jul. de vi.* atque ita tenuisse omnes Doctores antiquos, maxime Oldrad. *in l. cunctos populos. C. de sum. Trinit. & fide catholic.* Odofr. & Jac. de Bellovis. *in d. l. fin. C. de jurisdict. omn. jud. & ibid.* Gulielm. de Cuneo refert Thom. Grammat. *decis. Neapol. 26. num. 6.* & hanc esse magis communem Doctorum opinionem scribunt Hippol. de Marsil. *in pract. sua crimin. § constante. num. 90 & seq.* Socin. *in d. l. à Divo Pio § sententiam. num. 16* Ludov. Carer. *in pract. sua crimin. § circa itaq; secundum. num. 61.* Fr. Vivius *in commun. opin. thesaur. opin. incip. judex domicilii.* & *in eodem* Laur. Kirchovius *opin. incip. judex originis.* quæ procedit non modo de jure civili, sed etiam de jure canonico, secundum Bald. *in l. 1. § 2. ff. de offic. præfect. urbi.* quem sequitur August. de Arimino *in addit. ad Angel. de malefic. versic. hæc est quædam inquisitio.* & Hippol. de Marsil. *in d. l. fin. num. 140. C. de jurisdict. omn. judic.* & in contingentia facti in sacro consilio Neapolitano secundum eam opinionem judicatum & pronunciatum fuisse, judicem domicilii non posse inquirere de delicto alibi commisso, testatur Thom. Grammat. *d. decis. 26.*

6 Nec mirum, siquidem † delictum dat jurisdictionem contra delinquentem illi judici, qui alioqui non erat ipsius judex, *c. licet ratione. de foro compet. gl. & Doctor. ibid. gl. not. in c. 1. de raptor. text. in c. 1. § contrahentes de for. compet. in 6. Jacob. de Bellovis. consil. 9. num. 47. inter consil. crimin. vol. 1.* idq; adeo verum est, ut si ambo actor & reus in provincia sint, illic omni privilegio cessante res sit expedienda, ut est text. *in d. Auth. qua in provincia. & in Authent. ut omnes obed. judic. provinc. § hoc considerantes. collat. 5.* quod ita de militibus non attento eorum privilegio nominatim traditum est, *in l. desertorem auditum. ff. de re milit. l. fin. C. ubi quis de curial. vel cohort. aliave cond. conven.* & de clarissimis *in l. 1. C. ubi Senat. vel clariss. civil. vel crimin. conven.* & de hominibus divinæ domus & Cæsarianis, *in l. universis. l. nullum. & l. fin. C. ubi caus. fiscal. vel divin. dom. hominum. ejus agantur.*

Non enim distinguitur, unde sint, qui deliquerunt, dicit Frideric. Schenck Baro *in viridar. conclus. jurid. conclus. 116. tom. 1. per l. 3. ff. de offic. præsid. & notata Joan. Andrea in c. cui li. et de regul. jur. in 6. in mercurial.* & ad idem facit gloss. *in c. p. 1. in verb. judicare. de offic. ordin.* & scribit Alciat. *in modo dicto cap. 1. num. 48.* rationem hujus decisionis hanc esse, quia delinquens alligat seipsum, & videtur consentire in proroganda jurisdictione, unde tenetur etiam naturaliter ex præsumpto consensu, *ut per Bart. & alios Doctores in l. ex hoc jure. ff. de just. & jure.*

Inde est, ut † judex originis seu domicilii de jure communi remittere teneatur reum vel delinquentem ad judicem loci, in quo delictum commissum est ad effectum, ut ibi accusetur, & puniatur ad illius Reipub. læsionem compensandam, & in aliorum exemplum, *c. fin. de for. compet. c. 1. de raptor. c. si illic. 23. quæst. 4. c. si peccaverit. 2. quæst. 1. clem. pastoralis. de re judic. d. l. à Divo Pio. § sententiam. Auth. ut nulli judic. § si quis vero comprehens. collat. 9. Curt. jun. in l. heres absens. § 1. num. 5. & ibid. Sebast. Sapia. num. 10. ff. de judic. Didac. Couvarr. d. c. 11. num. 4. versic. secundo illud. Jul. Clar. receptar. sentent. lib. 5. § fin. quæst. 38. & 85. in princip.* eamq; remissionem ex necessitate potius faciendam esse, quam ex urbanitate, quoties à judice illius loci, ubi delictum commissum esse dicitur, fieri petitur, asserit Frideric. Schenck Baro *in viridar. conclus. jurid. conclus. 117. tom. 1.* Nicol. Boer. *quæst. 29. num. 2.* atque ita sentire omnes scribentes *in d. Auth. qua in provincia.* affirmat Grammat. *d. decis. 26. num. 7.* & communem esse dicit Cæpoll. *consil. crimin. 59.* Carol. Ruin. *consil. 84. num. 5. volum. 4.* Atque hæc sententia communiter recepta tam vera esse putatur, ut scripserint Doctores, delinquentem † debere ad judicem loci delicti remitti, non obstante contraria consuetudine, idque docendo tradunt Bartolus & Doctores *in d. l. 1. C. ubi de crimin. agi oport.* Jacob. de Bellovis. & Angel. *in d. Authent. ut nulli judic. § si vero quis comprehens.* Joan. de Anania *in d. cap. 1. de raptor.* Joan. de Imola & Zabarell. *in d. clem. pastoralis. in verb. de more.* Joan. Faber *in d. Auth. qua in provincia.* Cyn. Bartol. Bald. Salycet. & Jason *in l. 1. Cod. de summa Trinit. & fide catholic.* Felin. *in c. licet ratione delicti. colum. 4. versic. ex dictis doctorum. cum plurib. sequent. de foro compet.* quibus consulendo adstipulantur Bald. *consil. 58. & consil. 205. volum. 4.* Cæpoll. *d. consil. 59.* Paul. de Castro *consil. 307. incip. de jure communi.* atque secundum hanc opinionem in Senatu Burdegalensi judicatum fuisse, testis est Boetius *d. quæst. 29.* quem allegant Petrus Foller. *consil. 96. num. 1 inter consil. crimin. volum. 2.* & post eum Francisc. Vivius *in d. opin. judex domicilii. numero 10.* 7 8

Quæ cum ita sint, apparet officiales V. intentionem suam, in jure habere fundatam, ut cives T. ob delicta extra civitatem T. ab ipsis commissa non tantum capere & incarcerare, verum etiam eos extra urbem ad suum judicium evocare, atque in eo de criminibus & delictis ipsorum cognoscere & statuere, eaq; ratione jurisdictionem Senatus T. si quam haberet, prævenire possint.

Præterquam vero, quod ita jure constitutum est, notissima etiam Germaniæ † consuetudine 9 idipsum approbatur, qua fit, ut delinquens à judice

dicti loci, in quo deliquit, etiamsi alias ejus jurisdictioni subjectus non sit, capi & puniri possit, quæ consuetudo ad singulas Germaniæ provincias & loca particularia extendenda est, nisi contrarium observari probetur, *argum. l. qui ex vico. ff. ad munic. ibi. l. Bartol. in repetit. l. 2. quæst. 36. C. quæ sit longa consuet. Anton. de Butr. in c. fin. column. 38. de consuetud. Roch. Curt. in c. fin. sectione 4. num. 26. eod. argum. l. quod si nolit ff. de edilit. edict. Calcan. consil. 2 column. 24. Corneus consil. 319. colum. 11 volum. 3.* & faciunt, quæ de argumento à solitis & usitatis notant Doctores *in l. certi condictio. § si numos. ff. si cert. petat. de reb. credit. & in l. liberis. C de collat.* adeoq; eam consuetudinem allegari sufficit, ut ostendatur, eam in singulis etiam principatus istius locis, inter quæ est civitas T. servari, *per text. in c. super eo de cognat. spirit. cap. 6. de probat. Doctores in c. dilecto. de offic. Archidiac. Panormit. in cap. final. versic. nota quarto. de offic. vicarii. Roland. à Valle consil. 53. num. 37. volum. 2. Hieron. Schurff. consil. 66. num. 10. cent. 1.*

Tantoq; magis V. officiales jus evocandi cives T. habere videntur, quod utrique & ipsi officiales & civitas T. unius ejusdemque principis jurisdictioni ordinariæ subjecti sunt, ut cum officiales prædicti cives T. ad judicium V. criminale evocant, id non ex alieno, sed ex proprio principis sui, cujus vices sustinent, territorio facere videantur. Si enim judex de criminosis alias suæ jurisdictioni non subjectis cognoscere & statuere potest, quanto magis id concedetur ei, qui jurisdictionem in criminosum habet, & ratione loci delicti, & ratione loci origi-
10 nis seu domicilii, argumento † à minori sumpto, quod in jure fortissimum esse, frequens & utile tradit Nicol. Everhard. *in loco leg. à minori.*
11 Nam † in dubio etiam jurisdictio ad ordinarium transferri debet, *gloss not. in l. 1. in fin. de judic. Cyn. in l. si quis ex consensu. C de Episcop. audient. Frideric. de Senis consil. 130. incip factum tale est.*

Huic accedit, quod prædicto juri & consuetudini consentanei actus in cives T. ob delicta extra civitatem T. ab ipsis commissa, exerciti sunt à X. imo vero ab ipsis etiam officialibus V. ut si de jure dubitari contingat, officiales tamen in sua possessione per ejusmodi actus acquisita manutenendi videantur, quousque Senatus T. ostenderit, officiales V. aut in ea possessione non esse, aut si sint, esse tamen eam injustam, ac proinde Senatui restituendam.

Ex his necessario infertur Senatum T. teneri ad ostendendum cives suos ab ejusmodi jure & consuetudine esse exemptos, adeoque eos ob delicta extra civitatem commissa, non coram alio judice, quam coram Senatu T. conveniri debere. Vulgatum enim est, quod fundata intentione alicujus, si alius eam elidere velit, teneatur ipse probare id, quod est fundamentum suæ intentionis, non agendo solum, sed etiam excipiendo, *l. in exception. ff. de exceptio. l. etiam. ff. de donationib. inter virum & uxor. Bartol. & Doctores communiter in l. in illa stipulatione. ff. de verbor. obligat. Angel. in l. actor. C. de probat. l. penult. § docere. ff. ne quis eum qui in jus. Alex. consil. 18. vol. 1. Dec. consil. 424. col. 1. Paris. consil. 1. col. 2. vol. 4. Socin. jun. consil. 47. col. 2. vol. 2. & plerunq. in fin. 2. quæst. 7.*

Etsi vero Senatus T. contra supradicta jura & consuetudinem alleget privilegium, quo ab illis recessum sit, cujus q; vi cives T. ob delicta etiam extra urbem T. commissa non alibi, quam coram Senatu T. sint conveniendi, & præterea secundum illud actus à sese exercitos asserant, officiales tamen V. sicuti privilegium, ita & actus secundum illud prætensos negant, adeoque Senatus privilegium allegatum probare tenetur, aut si id nequeat ejusmodi actus, ex quibus legitima præscriptio contra jus evinci pos-
sit. Regula enim est, ei, † qui affirmat, proba- 12
tionem incumbere, *l. ei incumbit. ff. de probat. Bartol. in l. si pecuniam. opposit. 4. ff. si certum petat. de reb. credit.* quia non sufficit dicere, sed quod dicitur, probandum est, *l. 1. § si quis dicatur. & ibi Hippol. de Marsil. ff. de quæstio. l. 1. ff. si quadrup. pauper. fecisse dicatur.* & in specie, quod si quis privilegium allegat, illud probare debeat, est text. *in c porro. de privileg. & in c. cum personæ. eod. in 6.*

Quod igitur ad privilegium prætensum attinet, id eo accuratius & plenius probandum
est, non ob id tantum, quod † privilegia sint 13
facti, ut dicit Gail. *lib. 1. obs. pract. 1. num. 9.*
quæ † autem facti sunt, non præsumuntur, *l. in* 14
bello. § facta. ff. de captiv. & postlimin. reversi. verum etiam, quod pro officialibus V. fiat præsumptio, utpote quorum jurisdictio ordinaria est, pro qua favorabiliter præsumitur, ut voluit glossa *in cap. 1. & in cap. dispendia. de rescript. in 6. & in cap. si contra unum. in verb. Episcopi. de offic. delegati. in 6.* tradit Hostiens. *in summa. de rescriptis, § cui præjudicet.* hoc idem scribunt Domini de Rota *decis. 2. incip. nota quod processus. de judiciis, in antiquis.* Guido Papæ *quæst. 322.* pro quo etiam est textus *in cap. 1. §. ex parte. de concess. prebend. in 6. & in l. fidentibus. Cod. de offic. præfect. urb.* atque adeo pro jurisdictione ordinaria præsumitur, ut quis tanquam judex ordinarius, non tanquam delegatus à partibus in dubio assumptus esse præsu-
matur, eo quod † firmiora censeantur, quæ ju- 15
re communi aguntur, quam quæ jure speciali, *l. ejus militis. § militia missus. ff. de testament. milit.* prout concludit Alexand. *consil. 55. incip. quoniam. colum. 2. in princip. volum 5. & consil. 17. incip. viso. colum. penult in fin. volum. 4.* quem sequitur Vantius *in tractat. de nullitat. sub titul. de nullitat ex defect. jurisdict. ordin. num. 27. versic. præterea. & sub titul qual. sentent. & process. repar. poss. num. 36. versic. sed talis. & num. 37.*

Cæterum duo sunt potissimum, per quæ Senatus privilegium suum probare conatur: Unum est, transsumpta quædam ex originali privilegii concessi, in libros civitatis publicos relata, quæ ita sonant: Item / dat wy unse Amptlüde / offte iemandt van unser wegen / de tho T. Borger sindt / in ein ander Gerichte / als mit Namen an Vrygestöle unde Gogerichte them oder esschen sollen / denn in dat vorgeschreven Gerichte binnen dem Wibbolde vorgenent / deß se dar Rechtes plegen willen / unde dat schal man dar van en nemen. Alterum est, transactio quædam inter præfectum V. & A. facta, eandemque subsecuta confirmatio principis territorii in anno, &c. 1514.

Sed non videntur, transsumpta illa tanti esse momenti, ut ad privilegium, de quo non apparet, probandum sufficiant. Sunt enim deprompta ex scriniis civitatis T. adeoque pro privatis scripturis habenda, sicut † ipsa civitas privati loco habetur, *l. cum qui vectigal. in fin. ff. de verbor. significat.* quo argumento Ulpianus utitur *in l. bona civitatis. ff. eod.* ut demonstret bona civitatum non esse publica, sed privata, nempe quod essent civitatum, quæ privatorum loco habentur, & in alio casu idem Ulpianus *in l. si pignus. ff. qui potior. in pignor. habeantur.* Scripturæ † autem privatæ non esse fidem adhibendam in commodum producentis, est textus *in l. instrumenta domestica l. exemplo. l. rationes. C. de fide instrument. l. nuda. ff. de donationib. c. 2. de fide instrumentor.* adeo ut ne præsumptionem quidem pro se habeat, *Bart. in l. 1. C. de jurejur. calumn. Jas. in l. si post divisionem. C. de jur. & facti ignorant. Decius in cap. 2. not. 4. de fide instrument. Bald. consil. 149. volum 1. & consil. 466. volum. 5. Tiraquell. de retract. convent. §. 1. gloss. 7. num. 404. Petr. Rebuff. in tractat. de chirograph. recognit. in præfat. num. 35. tom. 1. constitut. regiar.*

16

17

18 Atque in tantum hoc verum est, ut cum † fiscus multis modis in jure sit privilegiatus, scriptura tamen privata is adjuvari non debeat, *l. fin. C. de conven. fisci debitor. lib. 10. Speculat. de instrum. edit. §. nunc dicendum. versicul. regulariter ergo privata scripturæ. & ibi Joan. Andrea in addit. Matth. de Afflict. decis. Neapolit. 83. num 11.*

Ut vero maxime concederetur, scripturas illas aliquo modo publicas esse, eo quod ex publicis civitatis scriniis deprompta sunt, id † tamen intelligeretur inter eas personas, quæ civitati illi subjectæ sunt, eorumq; jurisdictioni, quorum authoritate deputatæ custodiuntur, ut tradit Joan. Andreæ *in d. §. nunc videndum. versic. dicis autem.* adeoq; inter eos tantum fidem faciunt, qui loci illius ditioni parent, ubi scrinia sita sunt, non extra territorium, *secundum Felin. in c. ad audientiam. num. 14. de præscript. Alexand. consil. 138. num. 7. volum. 1. Socin. sen. consil. 187. num. 20. volum. 2. Cravet. de antiquit. tempor. part. 1. §. 4. limitatur. nu. 11.* quam communem esse Doctorum opinionem, dicit Carol. Molin. *in consuetud. Paris. tit. 1. §. 5. num. 25. & 26.* imo ipsa etiam instrumenta publica regulariter inter partes, inter quas conficiuntur, probant, & sic ad earum tantum præjudicium, non etiam aliorum plenam probationem inducunt, secundum gloss. *in l. cum aliquis. Cod. de jure deliber.* quam *ibid.* Jas. asserit, esse communem, omnesque Doctores ita sentire affirmat Franc. Vivius *in commun. opinio. thesaur. opin. incip. instrumenta antiqua.*

19

At multo minus constat de scriptura, unde transsumptum illud factum esse dicitur, imo ne de hoc quidem constat, an privilegium prætensum in scripturam redactum fuerit, de quo tamen constare debuerat, quia † privilegium à principe indultum scripturam requirit, secundum Bald. *in l. gesta. C. de re judic.* quoniam omnis gratia principis videtur fieri hoc acto, ut inde conficiatur scriptura. Idem Bald. *in c. 1. colum. 2. per quos fiat investit.* Dominic. de S. Gemin. *in proæm. lib. 6.* Felin. *in rubric. de constitut.* Unde, si privilegium à principe T. datum fuisset, sine dubio in scripturam redactum fuisset, quæ tamen, cum hic nulla sit, colligitur inde, privilegium datum non fuisse, per notat. *in l. fin. C. de fideiussor. & in l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de ædilit. edict.* Guil. de Cun. *in l. nec quidquam. §. ubi decretum. ff. de offic. proconsul.* ubi dicit, quod mandatum regis continens justitiam, potest probari per testes, sed si continet gratiam, debet probari per scripturam.

20

Cum autem † forma rei det esse, *l. Julianus. §. sed si quis. & ibi Bart. ff. ad exhibend. l. si is qui 9. u't. ff. ad leg. Falcid. l. si moribus. § prius autem. nei Jas. t. um. 12. ff. de legat. 1. l. cum quis. ff. de jur. & fact. ignor. l. nen. codicillum. C. de testam.* ideoq; ea † non servata actus ipso jure nullus sit, *l. cum hi. § prætor. ff. de transact. l. Mævius ff. de condit. & demonst. Bald. in l. ordo colum. 2. ff. de except. rei judic. Angel. in l. jus publicum. ff. de pactu.* Forma autem privilegii constituendi in præsenti casu desit, utique ipsum etiam privilegium deficere ei consequens est. 21 22

Præterea in sæpedictis transsumptis dicitur, dat wy unse Amptlüde / neque tamen apparet, quis ille sit, qui privilegium illud concesserit, multo minus apparet sigillatio, ex qua constare possit, si maxime ejusmodi privilegium in tractatu fuisset, principem concedentem in id plene consensisse. Ex sigillatione † enim consensus & confirmatio concedentis inducitur, *Bald. in c. 1. verb. Imper. clem. nu. 7. de pace Constant. c. cum Ecclesia. num. 3. de elect. Roman. consil. 303. num. 2. Schurff. consil. 17. num. 13. centur. 1. Capell. Tholoss. quæst 24. Cravett. de antiquitat. tempor. part. 1 § quæritur. numer. 44.* 23

Tacite quidem illis verbis, dat wy unse Amptlüde / in prima persona expressis innuitur, scripturam aliquam de prætenso privilegio factam, sed cum † de relata non constet, non creditur referenti, *Authent. si quis in aliquo. C. de edend. l. in testamento. ff. de condit. & demonstrat. gloss. in cap. 1. de fide instrument. Speculat. de instrument. edit. §. restat. colum. final. versic. penult. Panormit. in cap. colum. 7. de probat. Felin. in cap. 2 colum. 6. de rescript.* & quod scriptura privata referens se ad aliam, nullam fidem faciat, illa non exhibita, ad quam fit relatio, tradunt Ludovic. Roman. *consil. 305. num. 6.* & Mynsing. *respons. 21. num. 6.* 24

Nec constat, principem in id privilegium consensisse, & quod non consenserit, valde est verosimile, quod, ut dictum est, nulla scriptura super privilegio illo facta est, nulla sigillatio, ut in tractatu quidem illud esse potuerit, sed non ad finem seu conclusionem deductum. Siquidem rarum non est, ut † aliquid sit in tractatu, 25 quod tamen nunquam perficiatur. Et rursus, si perfectum fuisset, non est verosimile, si scriptura privilegii postmodum aliquo casu deperdita fuisset, quod Senatus cujuscunque temporis acquievisset, donec aliam scripturam, qua privilegium renovaretur, à principe consecutus fuisset, cum nemo suum jactare præsumatur, *per jura vulgata.*

Sed posito, tenorem transsumpti illius solenniter in scripturam redactum fuisse, atque constare, principem in id consensisse, tamen ne sic quidem Senatus ex eo juvari posse videtur. Neque enim dicitur in eo, quod cives T. ob delicta etiam

etiam extra urbem commissa, in nullo alio judicio, quam coram Senatu conveniri debeant.

26 Quod † autem instrumentum seu scriptura non dicit, neque nos dicere debemus, *Bald. in c. Rodolphus colum. 2. de rescript. Idem Bald consil. 297. volum. 8. volum. 1. Jas. consil. 159. num. 2. & consil. 220. volum. 2.* sed sunt intelligenda verba, prout sonant, & subjecta materia patitur, *argum. l. 1. C. si plures una sentent. Mazoll. consil. 5. num. 27.* & in specie, quod privilegii verbis, prout jacent standum, nec ab iis recedendum sit, est textus *in c. porro. & in c. accepimus. de privileg. & in c. fin. de translat. prælat. Bald. in l. 1. §. si is qui. in fin. ff. de exercit. action.* ut non abs re idem Baldus dixerit *in c. eam te. colum. 3. in princ. de rescript.* quod, ad quem casum verba privilegii non porriguntur, nec ipsum quoq; privilegium porrigatur.

27 Nec videtur obstare, quod † beneficia principum latissime sint interpretanda, *l. final. ff. de constitut.* quia respondetur, id verum esse, si juri communi non sint contraria. Nam si contraria sint juri communi, ut est privilegium, de quo agitur, quemadmodum manifestum est ex iis,

28 quæ à principio dicta sunt, tum † ut odiosa sunt stricte interpretanda, juxta not. *in c. olim. de verbor. significat. & in c. si Canonici. de offic. ordin. in 6. per l. si quando. C. de inoffic. testament. & l. 2. §. merito. & §. si quis à principe. ff. ne quid in loco publico. Bart. in l. 1. §. fin. C. de jur. & facti ignorant. Menoch. de arbitr. judic. quæstio. lib. 2. casu 68 num. 46. Diaz regul. 589. incip. privilegium stricte.* idque generaliter traditum est de omnibus, quæ contra jus commune conceduntur, ut recipiant interpretationem strictam, *c. hoc tamen. 22. quæst. 2. c. tua. de decimis.* Quare privilegio illo incerto facto, vel ob solam incertitudinem vitiaretur, ut consuluit Oldrad. *consil. 257. in fin.* & sequitur Menoch. *de arbitr. judic. quæstio. lib. 2. casu 188. num. 2.*

Non parum etiam urget, quod Innocentius IV. Pontifex in Concilio generali Lugdunensi definivit, quod quantumcunq; per privilegium exempti gaudeant libertate exemptionis, nihilominus ratione delicti coram locorum ordinariis conveniri possint, ut est textus expressus *in cap. 1. de privileg. in 6.* quæ definitio ratione non caret.

29 Præterquam enim, quod † delinquentibus privilegia concedenda non sunt, id etiam jure proditum est, quod delinquens eo ipso, quod delinquit, privilegium suum perdere debeat, *l. sed si ex parte. §. quanquam. ff. quod cum eo qui &c. l. relegatorum. in fin. ff. de interdict. & relegat. l. auxilium. ff. de minor. Auth. qua in provincia. C. ubi de crimin. agi oport. c. privilegium. 11. quæst. 3.*

Illud vero omnium maxime, & vel per se solum contra Senatum T. facere videtur, quod li-

30 cet † concessa sit jurisdictio judici loci originis, vel domicilii etiam pro delictis alibi commissis, propterea tamen non derogatum sit jurisdictioni judicis ordinarii de jure communi, & sic judicis loci delicti, ita tenet Bartolus *in l. 1. C. de præfect. urb.* Bald. *in l. unica. versic. extra quæritur. ff. de offic. consul.* late Ludovicus Roman. *consil. 393. incip. præsens consultatio.* Decius *consil. 3. incip. diligenter pro tenui facultate. colum. 2.* Salycet. *in d. Authent. qua in provincia.* quos allegat & sequitur Petrus Foller. *consil. 96. num. 3. inter consilia criminal. volum. 2.* ubi *num. 4* subdit, quod, etiamsi quis habeat privilegium, ne possit conveniri, nisi sub tali judice, tamen in loco delicti illud perdat, ideoque singulariter dixit Bald. *in l. qui se patris. C. unde libert.* quod in concessionibus jurisdictionum semper authoritas superioris concedentis præservatur illæsa, cum citra ejus authoritatem nequeat exerceri; cum in eo semper resideat summa potestas inseparabilis, unde potest aliorum jurisdictionem supprimere, allegans notata per Doctores *in l. 1. Cod. de summa Trinit. & fide cathol.* Idemq; Baldus dixit *in consil. 326. incip. Rex Romanorum. in fin. volum. 1.* quod Papa committens jurisdictionem, videtur majorem penes se reservasse, & quod judex inferior, dum in eodem loco habet jurisdictionem, videtur ipsam accumulative habere, non privative, quod idem probat Ludovicus Roman. *d. consil. 393.* Felin. *in c. cæterum. colum. 3. de judic.* & *ibid.* Anton. de Butr. Andr. Sicul. *in c. studuisti. de offic. delegat.*

Quam ob causam in hujusmodi casu præventioni locus erit, sive per capturam fiat, sive per citationem verbalem, secundum ea, quæ tradunt Angel. Aret. *in l. 1. §. si quis in appellat. ff. de appellat.* Doctores *in c. pastoralis. de offic. ordin. in princ. & in c. capitulū sanctæ crucis. de rescript.* Cyn. & Bald. *in l. 1. C. de his qui accus. non poss.* Alexand. post Bart. *in l. denunciasse. §. quæritur. ff. ad leg. Jul. de adult.* Si vero † concurrant, tum ordinaria jurisdictio 31 præferenda est concessæ, ut asserunt Scribentes, & inprimis Felin. & Abb. *in d. cap. cæterum.* Idem Felin. plenissime *in d. c. pastoralis.* Alexand. *in l. Titia textores. ff. de legat. 1.* Decius *consil. 654. incip. viso. in fin.* & comprobat Anchar. *consil. 163. incip. de juribus. colum 3.*

Porro quod ad supradictam transactionem & Episcopalem confirmationem attinet, videtur quod nec ea multum ad rem faciat. Utraque enim sese refert ad privilegia T. neque tamen cujusmodi illa sint, exprimit, ut cum adhuc in dubio res versetur, & privilegium vitietur, & officiales V. absolvendi veniant, *per c. inter dilectos. in fin. de fid. instrum. Bald. consil. 79. volum. 2. Anchar. consil. 267. cum similib.*

Ut autem confirmatio † privilegii alicujus 32 valeat, necesse est, originalem concessionem, quę confirmetur, apparere, ejusq; tenorem confirmationi inseri, *Bald. in l. falsus. C. de furt. Idem Bald. in addit. ad Speculat. de instrum. edit.* atque ita communiter Doctores tenere *in d. Auth. si quis in aliquo.* testatur Mynsing. *respons. 19. num. 9.* quod cum hic factum non sit, confirmatio non valet, *per text. in l. 1. §. quod autem ait ff. ne quid in flum. publ. ubi Bart. num. 1. Hippol. de Marsil. singul 187. num. 3. Idem Hippol. in rubr. C. de probat. num. 456.*

Sed cum neque transactio subsistere videatur, ex eo, quod præfecto V. de jurisdictionalibus, quæ ipsius non fuerunt transigere, non licuit, *per l. nemo potest. ff. de regul. jur. c. nemo. eod. in 6.* neque confirmatio ejus multo minus privilegii subsistere videbitur.

Confirmatio † enim accessoriū est ejus, quod 33 confirmari dicitur, quo non subsistente, nec accessorium subsistit, *l. cum principal. ff. de regul. jur. c. 2. de precar.* & hoc accessorium tacitam illam conditionem

ditionem habere dicitur, si ipse principalis actus valeat, *Bald. in l. si diversa. C. de transactio. Alexand. consil. 22. num. 1. vol. 1. Socin. sen. consil. 215. in fin. volum. 1.* & in specie, quod confirmatio nihil operetur, circa id, quod ab initio inutile est, aut prorsus nullum docent Canonistæ *in c. inter dilectos. §. cæterum. de fide instrum.* & Legistæ *in l. more. ff. de jurisdict.* Bart. *in l. si tibi. §. pactus. not. 2. ff. de pact.* Dyn. *in c. non firmatur. de regul. jur. in 6.*

34 Quare, † cum paria sint aliquid non fieri, & minus legitime fieri. *vulgat. l. quoties. ff. qui satisd. cogant. l. de ætate. §. nihil. ff. de interrogat. action. l. hac conditio. ff. de condit. & demonstrat.* paria item sint non esse, vel esse quidem, sed non apparere, *l. duo sunt Titii. ff. de testamenti tut. l. quidam tabular. ff. de furt. c. in præsentia. de probat.* inde sequi videtur translationis & confirmationis supradictæ rationem in hoc casu habendam non esse: idq; vel ob hanc causam tanto magis, quod officiales V. asseverant A. cujus occasione transactio illa facta est, præfecto V. ob delictum ab ipso commissum, pœnæ nomine 38. florenos exsolvisse, quod utique A. iste non fecisset, neque Senatus T. qui tum fuit, passus fuisset, si ejusmodi privilegium, cujusmodi nunc prætendit, habuisset.

Ex quo unico actu præscriptio etiam privilegii interrupta esse videtur, ut multo minus hac, quam concessione ipsa niti possint, per ea, quæ late tradunt Doctores de præscriptionis interruptione, *in c. ex transmissa. de præscript.* ut ex actibus, quos prætendit Senatus, etiam juvari non posse videatur, præsertim cum officiales ullos actus à Senatu secundum prætensum privilegium exercitos negent, ut si privilegium aliquod habuit, id † non utendo amiserit, per tradita à Do-35
ctoribus *in c. accedentibus. de privileg. & in c. cum accessissent. de constitut. & in l. beneficium. ff. de constitut. princip.* gloss. *in l. fin. ff. de nundin.* gloss. *in l. falso. C. de divers. rescript.* Bart. *in l. licitatio. §. eorum. ff. de public. & vectigal.* Schurff. *consil. 14. cent. 1.*

Quinimo quicunque in Senatum T. leguntur, juramentum præstare coguntur judici causarum criminalium à principe constituto in tractu D daß dieselben Rahtsverwandten alles/was in der Statt T. wider Gott vnnd sein Gebott geschicht/oder sonsten vermöge deß Reichs auch der Freygerichts Constitution vnnd Reformation an dieselbe gehörig/auff keine andere örter/als daselbsten zu straffen/anbringen wöllen.

Ex quibus omnibus manifestum esse videtur intentionem officialium V. non solum in jure fundatam, sed neque per ea, quæ à parte Senatus T. contra illam afferri poterunt, elisam esse.

Verum, licet hæc contra Senatum T. maximum momentum habeant, tamen circumstantiis propositæ factæ speciei penitius inspectis, arbitramur supradeductis non attentis, pro T. decidendum esse, quod cives ejus civitatis ob delicta extra urbem alibi in principatu commissa apud nullum alium judicem, quam ejus urbis Senatum à quoquam nedum ab officialibus V. conveniendi sint.

Etsi enim jure ita constitutum sit, ut delinquens in loco delicti commissi conveniri possit, per ea, quæ ab initio hujus quæstionis sunt deducta; certum tamen est, adversus † delin- 36
quentem etiam in loco domicilii sive originis super crimine alibi, quam sub judice suo patrato accusationem institui posse, per text. *in l. 1. C. ubi de crimin. agi oport.* & ibid. gloss. *in verb. reperiuntur. l. 1. C. ubi quis de curial. vel cohort.* Panor. & Doctores communiter *in c. fin. de foro compet.*

Neque enim leges præcise volunt delinquentem in loco delicti conveniri debere, sed alternative, vel in loco delicti, vel in loco, ubi delinquens reperitur, ut, antequam delinquens accusetur, nec judex delicti, nec judex domicilii cum effectu judex esse censeatur; quia in alternativis altera pars alternativæ trahit secum suum effectum, ut eleganter declarat Nicol. Everhard. *in loco leg. à natura alternat. num. 15.* exemplo legati alternativi, cujus dominium non transit in legatarium ante electionem, sed demum post electionem, per textum *in l. hujusmodi. §. Stichum. ff. de legat. 1. & in l. apud Aufidium. in fin. ff. de optione legat.*

Idemq; ratio legis ita latæ suadet, quæ † non 37
minus est custodienda, quam ipsa legis verba, *l. 1. C. de constit. pecun. l. fin. C. ad leg. Falcid.* quæ est ne delicta maneant impunita; ideoq; pluribus subjiciuntur judicibus, ut si unus in executione iustitiæ cesset, alter eam faciat.

Quam ob causam alterutrius judicis jurisdictio ex præventione in ejusmodi casu fundatur, ut si judex delicti prævenerit jurisdictionem judicis domicilii, ipse & non judex domicilii cognitionem habeat, si vero è contrario judex domicilii prævenerit judicem delicti, judex domicilii non habeat necesse delinquentem ad judicem delicti remittere. Nam † jurisdictionem 38
unius judicis præveniri per alteram, docent Bart. & alii *in l. si pluribus. ff. de legat. 1.* Ludovic. Roman. *consil. 412. incip. pro habenda substantia veritatis. num. 4.* Wurmbser. *lib. 1. pract. observat. tit. de in jus vocat. conclus. 19. cum infinitis aliis.*

Jam vero præventio illa aliter poni non potest, nisi in judicibus diversorum territoriorum, ut si ex Doctorum sententia delinquens necessario coram judice delicti, & non etiam coram judice domicilii conveniendus est, non solum lex alternative loquens, ea in parte, qua dicitur delinquentem conveniri posse, ubi reperitur, frustratoria imo falsa esset, verum etiam præventionis illius nullus foret usus.

Et sane, si quis accuratius perpendat rationes, quæ à Doctoribus enumerantur, cur delinquens alibi necessario sit conveniendus apud judicem delicti, & non apud judicem domicilii, is oppidò inveniet, eas rationes magis esse ex accidenti, iisq; in loco domicilii æque, atque in loco delicti satisfieri posse, cum è contrario eæ, cur delinquens in loco domicilii conveniatur, non æque in loco delicti expediri possint, ut prosequitur Petr. Joan. Ancharan. *lib. 3. quæst. aurear. quæst. 7. num. 18. & seqq.*

Jurisdictio enim judici delicti tributa in eum, qui alias jurisdictioni ejus suppositus non est, est singularis & exorbitans: illa vero, quæ competit judici domicilii, est regularis: in omnibus † siquidem actionibus id regulare est, ut a- 39
ctor

ctor forum rei sequatur, per text. *in c. si diligenti. & in cap si contra clericum. de foro compet. l final. C. ubi in rem actio. l. jurisdictionem. C. de jurisdict. omnium judic. l. heres absens. in princip. ff de judic.* Bartol. *in l. 2 ff. si quis in jus voc. non ierit. cum similib.* idq; multo magis in actionibus personalibus locum habet, quales sunt omnes illæ, quæ ex delictis proficiscuntur, utpote quæ personæ cohæreant, eamq; semper comitentur, *§. 1. Instit. de action. l. actionum. ff. de obligat. & action.*

40 Quare, † sicut ratione contractus alibi gesti, seu ratione rei alibi sitæ, judex domicilii cognoscere potest, ut est textus *in c. dilecti. de foro compet.* & not. gloss. *in l. fin. C. ubi in rem actio.* ita pariformiter ratione delicti, alioqui frustra foret forum domicilii, ut decidit Joan. de Anania *in c. 1. de raptor.* ubi subdit hoc specifice probari *in c. cum contingat. de foro compet.* quod forum domicilii, utpote naturale & originarium, per hominem non potest mutari, dicente Socino, *in c. proposuisti. nu. 7. & in c. fin. num. 26. de foro compet.* & Ruin. *consil. 59. num. 7. volum. 3.*

Unde cum lex indistincte loquatur, ut delinquens conveniatur in loco, ubi delicta commissa aut incoata sunt, vel ubi reperitur, neque distinguat, an delicta in judicis cognoscentis territorio commissa sint, nec ne: imo vero eo ipso, quod opponit locum delicti commissi, loco, in quo habet domicilium, ejusmodi distinctionem non admittit, neque nostrum est, ut legem contra verba & rationem legis distinguamus, *vulgat. l. de precio. ff. de Publician. in rem actio. l. 3. ff. de offic. præsid.* Jas. *in l. non dubium. num. 38. C. de legib.*

41 Et quod † de jure civili judex originis possit per inquisitionem contra subditum de delicto alibi extra territorium commisso procedere, asserit Did. Couvarr. *d. c. 11. nu. 5.* & communem esse tradit Bolognin. *consil. 54.* quem refert & sequitur August. Arimin. *in addit. ad Angel. de malefic. §. hæc est quædam inquisitio.* & communem esse firmat Mich. Grassus *lib. 2. commun. opin. quæst. 1.* & Ægid. Boss. *in sua pract. crimin. de for. compet. in fin. num. 182.* & Matth. de Afflict. *in c. 1. §. injuria. not. 3. nu. 14. de pace juram. firm.*

42 Non obstat, quod † in contrarium dicitur esse opinio magis communis, nempe quod judex loci domicilii non possit statuere de delictis extra suum territorium ab eo, qui ipsius jurisdictioni subjectus est, commissis, quia ea opinio aut est accipienda de inquisitione judicis domicilii in delictum, quam inquisitionem in alieno territorio vult facere, contra text. *l. fin. ff. de jurisdict. c. fin. de foro compet.* in quibus disponitur, quod judex extra territorium suæ jurisdictionis nullum habeat imperium, atq; adeo nec ullum jus etiam in delictum à suo subdito commissum, inquirendi, aut si simpliciter & indistincte accipitur, ut judex in territorio suo de ejusmodi delicto inquirere & cognoscere nequeat, manifestissimis legibus repugnat, atq; adeo respondendum est, tum demum Doctorum opinionibus stari, si aut de casu incidenti lex nulla sit, aut sit quidem, sed cui opinio non repugnet, quamvis tum legi magis stetur, quam opinioni, *c. 1. ubi id notant Ant. de Butr. Panorm. & cæteri Doctor. de decim. Archidiac. in c. nolite. 11. quæst. 1. Felin. in c. 1. num. 54. de constitut. Purpurat. in l. cum quid. nu. 84 in fin. ff si cert. petat. de reb. credit. Neviz. consil. 2. incip. viso testamento. num. 16.*

His accedit; quod † quotidiana experientia docet, contra communem illam opinionẽ communiter passim observatur, ut judex domicilii etiam de delictis à suæ jurisdictioni supposito alibi commissis cognoscat & statuat, si in loco domicilii reperiatur, quę consuetudo optima est legis interpres, *l. si de interpretatione. ff. de legib. c. cum dilectus. & ibi Doct. de consuet. Abb. & Doct. in c. ad audientiam. de cleric. non resid. Natta consil. 406. nu. 25. vol. 2. Bero. consil 4. nu. 20. vol. 1. Cephal. consil. 204. nu. 38. vol. 2. Menoch. consil 32 nu. 44. vol. 1.* imo ipsa pro lege habetur, *§. ex non scripto. Instit. de jure natur. gent. & civil.* & æquiparatur statuto, *Riminal consil. 181. nu. 12. vol. 1. Boer. decis. 107. num. 4. Grammat. decis. 92. nu. 4.* eoq; fortiorem esse dicit Calcan. *consil. 2. nu. 29.* Dec. *consil. 690. num. 8.* adeoq; tanto magis, quod juri communi est consentanea, attendenda, cum alias etiam, si juri communi consuetudo sit contraria, ei præferenda sit, *c. 2. & ult. de consuetud. c. cum venissent. de eo qui mittit. in possess. Doctor in l. 1. & 2. C. quæ sit long. consuetud. Cravett. de antiquit. tempor. part. 1. §. 1. num. 41.* 43

Quotiescunq; autem † opinio contraria opinioni communi consuetudine approbata est, communis nõ est attendenda, sed contraria consuetudine recepta: ita voluerunt Paris de Put. *in tract. de syndic. in verb. judicare. c. 3 nu. 7.* Dec. *in c. at si clerici. nu. 25. vers. & ista conclusio. de judic.* Claud. Seisell. *in l. post dotem. nu. 26 ff. solut. matri.* Joh. Bologn. *in l. 1. nu. 43. limit. 2. ff si cert. pet.* Portius *consil. 42. incip. juri & æquitati. nu. 4.* Grat. *resp. 111. incip. casus talis est. nu. 51. vol. 2.* & latissime Nevizan. *in syl. nupt. lib. 5. limit. 1. num. 64.* ubi permultos allegat Mynsing. *respons. 21. nu. 54.* atq; hanc esse receptam Doctorum opinionem, testatur Emanuel Soarez *in thesaur. commun. opin. in verb. opinio.* 44

Confirmatur etiam supradicta consuetudo ex sententia Baldi, & eorum, qui Bald. sequuntur, qui ne in criminalibus quidem remissionem faciendam esse censuerunt, prout refert Jod. Damhouder. *in pract. sua crimin. c. 33. in princ.* Nam si remissionibus in criminalibus causis locus nõn est, consequitur, ut delinquentes necessario in loco delicti conveniendi non sint quia destructo consequenti, in quo stat ratio antecedentis, destruitur antecedens, ut prosequitur Nic. Everh. *in loco leg. à destructione consequentis ad destruct. antecedentis.*

Et licet remissiones ex communi Doctorum sententia ad judicem delicti faciendas esse, supra demonstratum sit, generali tamen consuetudine † inde recessum esse dicunt Bart. *in l. sepulchri. ff. de sepulch. viol.* Alex. *in l. si cui. circa fin. ff. de accusat.* August. Bero. *in c. de his n. 29. eod.* Did. Covar. *pract. quæst. c. 11. num. 10.* atq; hanc communem esse Doctorum utriusque juris opinionem, & ita etiam servari omni die communiter dicit Jacob de Belvis. *in c. Romana. § contrahentes. de foro compet. in 6.* & complures in hanc sententiam allegat Jul. Clarus *recept. sentent. lib. 5. §. fin. quæst. 38 versic. sed quid quid sit de jure. & vers. sed quid. in fin.* & Hipp. Bonac. *in thes. comm. opin. in verb. remissio rei ad judic.* & dicit Barthol. Soci. *in reg. 415. incip. remissio in delictis. fall. ult.* quod hodie de consuetudine nõ habeat locũ 45

remis-

remissio, quia quælibet civitas habet suos terminos, ad hoc allegans Angelum *in l. heres absens. ff. de judic.* & Baldum *in l. requirendum. colum. 3. C. de ser. vu fugit.* quam consuetudinem de jure subsistere dicit Jod. Damhoud. *d. c. 33 num. ult.* modo is judex, in cujus territorio remittendus degit, delinquentem ipse puniat, quia hoc casu non læditur utilitas publica, quod malefici crimina non maneant impunita: & ante eum Cæpolla *consil. crimin. 29. colum. 3.* ubi plus etiam dicit, quod valeret hujusmodi consuetudo, si delicta remanerent impunita.

Cum igitur à communi Doctorum opinione circa remissiones in causis criminalibus faciendas generali consuetudine recessum sit, tacite ex ipsorum Doctorum sententia, quæ hodie communis est, ut remissiones non fiant, etiam recessum est ab ipsorum communi opinione de delinquente in loco delicti, & non in loco domicilii conveniendo.

Ex quibus etiam intelligitur, quomodo accipiendum sit illud, quod à principio dicebatur de generali Germaniæ consuetudine, delinquentem à judice loci, in quo deliquit, etiamsi alias ejus jurisdictioni suppositus non sit, capi, & cognitione adhibita puniri vel absolvi posse, nimirum ut secundum dispositionem *l. 1. C. ubi de crimin. agi oport.* vel judex delicti, vel judex domicilii de criminoso cognoscat & statuat, uter eorum alterum in jurisdictione prævenerit, adeo ut nec præventus causam avocandi, nec reus de competentia excipiendi jus habeat.

Et sane hactenus officiales V. intentionem suam in jure habent fundatam, ut videantur posse Senatum T. prævenire in cognoscendo, & statuendo super civibus T. ob delicta ab ipsis in V. territorio commissis. Sed quo minus id officiales V. adversus T. possint, obstat ipsis privilegium, civitati T. ejusq; civibus olim à principe de civibus T. ad aliud tribunal, quam Senatus T. non evocandis, concessum; cujusmodi privilegium de jure subsistere inde liquet, quod concessum sit ab eo, cujus suprema est in utrunque territorium, & V. & T. potestas atque jurisdi-
46 ctio, ut † in eo ille possit, quod Imperator potest in Imperio, per ea, quæ tradunt Bart. *in l. infamem. num. 14. ff. de public. judic.* Felin. *in c. quæ in Ecclesiarum. num. 32. & seq. de constitut.* Alexand. *consil. 2. num. 9. vol. 1.* Castrens. *consil. 34 num. 1. & 5. versic. concludite. vol. 2.* Socin. sen. *consil. 66. num. 12. vol. 3.* Socin. jun. *consil. 98. num. 1. vol. 3.* Curt. jun. *consil. 61. num. 9.* Jas. *consil. 103. num. 2. vol. 4.* Zas. *consil. 1. num. 21. vol. 2.* Schurff. *consil. 18. num. 2. cent. 3.*

Quoniam vero princeps ante illud privilegium concessum absque omni dubio, ut supremus per universam diœcesin O. magistratus jus evocandi ad judicium delicti patrati cives T. ob delicta etiam alibi in diœcesi O. quam in territorio T. commissa, habuit, siquidem V. officiales id jus habere non potuerunt, ut quorum jurisdictio circa criminales causas ante non multos annos, atque ita longo tempore post privilegium concessum ceperit, ei recte renunciare, & T. omnino cedere potuit, *per l. si quis in conscribendo. C. de Episcop. & cleric. l. si quis in conscribendo. C. de pact. l. si judex. ff. de minorib. l. filio præterito. ff. de injust. irrit. testament. l. final. §. ult. ubi gloss. in verb. non usuram. ff. ad Senatusconf. Vellejan. gloss. in c. si diligenti. de foro compet.*

Neque est, quod officiales V. sibi suæq; jurisdictioni per hoc præjudicium factum esse quærantur, siquidem † privatio præsupponit habi- 47
tum, ipsi autem eorumve antecessores eam jurisdictionem tempore privilegii concessi non habuerunt, *per vulgat. l. decem. ff. de verbor. obligat. l. non potest videri ff. de regul. jur. Claud. de Seisell. in l. de divisione. not. 3. ff. solut. matrimo.* ubi post Bald. & Imol. notat, intelligi non posse terminum desinere, nisi intelligamus terminum incipere.

Præterea sicut † per consuetudinem jurisdi- 48
ctio in totum, vel aliqua ejus pars acquiri potest, ita & privilegium jurisdictionis aliquam partem habendi concedi potest, *Bart post gloss. in l. & quia. ff. de jurisdict. gloss. & Doctor. in l. more ff. eod. gloss. in l. 1. §. final. ff. de aqua pluvial. arcend. gloss. in l. 2. verb. ex lege. ff. quod cujusq; universitat. nomin. Innocent. in cap. Ecclesiarum. de offic. ordin.* Quæ enim † consuetu- 49
dine acquiri, eadem privilegio concedi possunt, quia antiqua consuetudo & privilegium æquiparantur, & paribus passibus ambulant, *l. 1. §. final. l. in summa. §. item Varus. ff. de aqua pluvial. arcend. l. hoc jure. §. ductus. ff. de aqua quotid. & æstiva. l. usum aquæ. C. de aqueductu. l. final. C. de usu rei privat. lib. 10. cap. novit. & ibi Imol. de judic. cap. cum contingat. de foro compet.*

Neque vero ullum est jus, ex quo probari possit ejusmodi privilegium, ut delinquentes ob delicta à se commissa, etiam in alio loco subjecto ei, qui privilegium concessit, non conveniantur in loco delicti, sed in loco domicilii, non valere, ut ita cum de jure prohibitum non sit, intelligatur esse concessum, *per vulgata.*

Sed etiamsi jus aliquod expresse ejusmodi privilegium concedi vetaret, vel etiam Doctores communiter affirmarent, non posse concedi, hodie tamen ex generali consuetudine inde esset recessum, eo ipso, quod remissiones delinquentium ad locum delicti hodie ex generali consuetudine, ut supra dictum est, non usurpantur: ex quo iterum infertur, ut si consuetudine fieri potest, ut delinquentes non remittantur ad locum delicti, idem etiam fieri possit privilegio, *per supra allegata.*

Idemq; confirmatur ex eo, quod † Docto- 50
res disputant de statuti validitate, disponentis subditum alibi deliquentem puniri posse, de quo statuto tractat Bart. *in l. 1. quæst. 8. num. 48. C. de summa Trinit. & fide cathol.* & dicit, verba statuti diligenter esse consideranda. Nam si expresse disponatur de eo, quod civis facit etiam extra territorium, tunc posse contra subditum delinquentem procedi & puniri, quia statuentes possunt condere statutum, ligando subditum etiam quoad ea, quæ geruntur extra territorium, ut ibi per Bartolum, & late confirmat Alexand. *consil. 41. num. 6. volum. 5.* ubi allegat Anchar. *in c. postulasti. colum. 2. opposit. 5.* Marsil. *in l. fin. num. 142. ff. de jurisdict. omn. judic.* Jas. *consil. 59. volum. 3.* Socin. *in cap. quilibet. artic. 5. quæst. 11. de accusatio.* Bald. *in l. 1. colum. penult. versicul. viso. Cod. ubi de crimin. agi oport. & ibid.* Salycet. *col. 5. versic. secunda quæstio.* & est communis opinio secundum gloss.

gl.communiter receptam *in l.1.& 2. C.ubi de crimin.agi oport.* Si vero statutum loqueretur limitative de eo quod fit intra territorium, tunc non extendi ad ea, quæ fierent extra territorium, *Bartol.in d.l.1.num.*48. sin autem statutum loqueretur simpliciter, tunc quia generaliter loquitur, generaliter & indistincte intelligi debet, *Cyn.in l.final. quæst.4.ff. de jurisdict.omn.judic. Abbas in cap.cum contingat. & ibidem Felin. de foro compet. Socin.consil.*79.*num.*10.*volum.*4. ubi asserit, statutum simpliciter loquens comprehendere civem delinquentem extra jurisdictionem. Licet enim statutum simpliciter loquatur, tamen statuta, quæ respiciunt processum seu ordinationem litis, porriguntur ad omnem litem, quæ agitatur in ipsa civitate, etiamsi lis sit de eo, quod extra civitatem factum fuerit, ut dicunt Cyn.& Bart.*in dicta l.1.* & Bald. *in dicta l.fin. colum.*5. & sequitur Angel.*ibidem.* idem Angel. *in l.si vacantia. col.*15. *C.de bon. vacant. lib.* 10. ubi refert, quod viderit hanc quæstionem agitari de facto in civitate Aretina, & pro hac opinione fuisse judicatum, & August. de Arimino *in addit.ad Ang.* §. *hac est quadam inquisitio.* refert plures tenentes hanc opinionem, dicitque se non dubitare, quod ista sit communis opinio.

Quod si igitur statuto fieri potest, ut de civibus alicuius civitatis ob delicta etiam extra territorium commissa coram judice domicilii inquiri, cognosci & statui debeat, multo magis id fieri potest per privilegium à superiori civitati alicui concessum.

Quod autem civitas T. huiusmodi privilegiũ à Principe acceperit, & ab immemoriali tempore hucusque, si quando occasio ita tulit, exercuerit, satis nostro quidem judicio probatur ex libris civitatis T. publicis, in quos privilegii illius tenor ante longissimum tempus & ultra relatus est, & ex confirmatione eiusdem privilegii in anno, &c. 1514. à Principe facta, & ex actibus denique diverso tempore secundum hoc privilegium exercitis.

Neque apud nos tanti ponderis sunt illa, quæ supra in contrarium adducebantur, ut ab hac sententia nos dimoveant.

Præsens enim controversia vertitur super privilegio, cuius non tantum tenor in librum civitatis T. antiquum, utpote cui præfixa sit scriptura sub dato, anno 1454. sub crastino conceptionis Mariæ virginis, relatus est, verum etiam, de quo iteratò dicitur in instrumẽto transactionis supradictæ in anno, &c. 1514. initæ, Jn alt herkunfft/& paulo post, Dat man se ersi nahe old der Gewonheit/ ꝛc. ut negari non possit, versari

51 nos in facto antiquo, sive † antiquum ex arbitrio judicis æstimare velimus, quam opinionem crebriorem esse dicit Menoch.*de arbitr jud. quæst. casu* 3.*n.*1.secundum ab ipso allegatos, sive ex spacio centũ annorum, quam magis receptam magisq; communem esse testatur Octavian. Cacher.*decis.Pedemont.*173.*n.*8.Cephal.*consil.*250.*nu.*18.*vol.*2. ubi infinitos allegat. Mant.*consil.*72.*n.*3.*vol.*1.

52 In antiquis † autem non requiritur exacta & plena probatio, sed leviores probationes sufficiunt, indiciaq; & conjecturæ passim admittuntur, ut est text.*in l.census & monumenta.ff.de probat. l.qui ex liberis. ff.de bon.possess secund.tabul. c.cum causam.de probat. c.veniens de testib.c.olim.de censib.* Cravet.*in tract. de antiquit tempor. parte ult.primæ partis princip.n.*30.& 31. ubi ex sententia Calcanei & Jasonis subjicit, sufficere adminicularem & præsumptivam probationem, quod consulendo sequuntur Socin.sen.*consil.*187.*col.*5. *vers.secunda ratio.& cons.*205.*col.*2. *vers.quarto optime. & cons.*266. *num.*31.*volum.*2. Corn.*consil.*62. *num.*1. *volum.*4. & *consil.*35. *num.*6. *volum.*1. & *consil.*24. *num.*1.*vol.*4. Castrens. *consil.* 164. *colum.* 1. *volum.* 2. Alexand. *consil.*187.*num.*3.*volum.*2.Paris.*consil.*104.*num.*42. & *seq volum.*1. Afflict.*decis.*13.*num.*64. atque hanc receptissimam esse Doctorum sententiam, testatur Menoch. *de arbitr. judic. quæst. casu* 115. *in princip.*

Unde ad propositum perinde est, sive scripturæ ex scriniis civitatis T. depromptæ pro publicis habeantur, sive pro privatis. Licet enim regulariter scriptura privata non probet, maxime contra tertium, *juribus vulgatis*, tamen † id 53 fallit in scriptura veteri & de facto antiquo, ut dicit Mynsing.*respons.*21.*num.*33. addens, ita omnes tenere *in cap.* 2. *de fide instrument.* Jason *in lectura l. admonendi. num.*77. & *in repetit. num.*90.*ff. de jurejurando.* Hippol.de Marsil.*singul.*436. quibus accedit Dec. *in d.c.cum causam. vers.secundo limitatur.* Jason *in l.cum aliquis. num.*6. *C.de jure deliber.* Socin.sen.*consil.*186. *colum.*5.*in fin. vers. multum etiam operatur antiquitas. vol.*2. Jas.*consil.*65. *colum.*3. *vers.tertio confirmatur. volum.*3. & *cons.*166. *colum.*3. *versic.ad prædicta accedat. volum.*4. Capic.*decis.Neapol.*86.*num.*4.

Et quamvis † nonnulli scribant, antiquum 54 non aliter per scripturam privatam probari, quam semiplene, non etiam plene, ut patet ex relatis à Cravet.*de antiquit.tempor. part.*1. §. *viso de verbu.num.*2. & ab Hippol.de Marsil.*d.singul.*436. id tamen de mere privatis scripturis accipiendum esse, ipsi Doctores satis declarant, non etiam de iis, quæ ex scriniis publicis depromptæ sunt, ut ex eodem Cravetta patet *de antiquit.tempor.part.* 1. §. *quarto limitatur.* & quod † civitates 55 privatorum loco habentur, id comparatione magis fit urbis Romanæ, quàm simpliciter, ut *ex l.bona civitatis, & seq.* satis manifestum est, atq; alias in jure dicuntur civitates habere servos publicos, *l.debitor.ff.de compensat.* & eiusmodi alia. Nam alias etiam per libros antiquos antiquum plene probari dicit Guido Pap.*consil.*88.*n.*2.Alba. *consil.*64.*num.*27.

Sed ut maxime concederetur, scripturas illas relatas in libros T. publicos, privatas esse, adeoq; plene non probare, id tamen necessario dandum est ex prædictis, ut saltem probent semiplene, ad quam probationem si vel alia semiplena vel plena accesserit, & ipsa plena fuerit, per ea quæ tradunt *Bal.in l unica.in prin.C.de confess. & in auth.rogati.C.de testib.* Salyc.*in l.in bona fidei. C.de reb.cred.* Afflict.*decis.Neapol.*12 *in fin.*

Jam vero ad hanc accedit transactio in anno 1514. inter præfectum V. eiusq; fratrem ex una, & A. ex altera parte inita, eiusdemq; eodem anno à Principe facta confirmatio, in qua transactione duobus locis diserte dicitur, ex captura A. civis Warendorffensis jussu Episcopi

N prædict

prædicti à præfecto Saffenbergensi facta non debere quidquam præiudicari privilegiis & juribus T. eaq; transactio his verbis à principis eiusdem, cuius iussu captura facta fuerat, confirmatur. Wir bekennen vnd wollen darinne/ dat sothane Gefängnusse vnschädelick soll sin Privilegien vnd Friheiden vnserer Statt Warendorpe.

Qualia autem privilegia & jura illa sint, quibus præiudicari captura illa non debuerit, ex transactionis verbis & re, super qua transactum fuit, manifestum est. Utrinq; enim constat, controversiam, quæ in anno 1513. & sequenti nomine A. mota est, fuisse de excessibus à dicto A. extra territorium T. commissis, quod fatetur proprincipes O. in literis suis sub dato ultima Novemb. anno 1585. ad Decanum & Capitulū Ecclesiæ, item ad Senatū civitatis O. emissis, quemadmodum & illud utrinq; constat, quod dictus A. ob eosdem excessus captus, & carceri ab V. inclusus fuerit. Si nunc quæratur, cur, aut de quanā re sive lite transactio illa inita fuerit, oppido ex verbis trāsactionis apparebit, id factū fuisse non ob excessus ipsos (de his enim ita in transactionis instrumento dicitur, Mit sothanem vorwarden war vnse Gnädige leve Here/ der beider Parthien gebrecke halven gelegenheit deiper erfahrung to erlangen / daß freundtliche Tag in dem Ampt W. offte X. werett vnd that verramen/ & quæ sequuntur) sed ob capturam, ut ex instrumenti eiusdem verbis ab initio positis bedrepen deß angreps an eins/ colligitur, & quinquies repetitur, similiter ex Episcopali confirmatione duobus locis, uno, Auß vnserm Befelch gefänglich angenommen/ ex altero, Sothane Gefängnuß/ ꝛc.

Unde sicut super captura transactio est inita, ita per capturam illam non debuit præiudicari privilegiis T. adeoq; eo ipso cōstat capturam A. civis T. factum fuisse contra privilegia civitatis T. contra quæ si factum est, & illud consequitur, propter privilegia ista præfectum V. nō habuisse jus capiendi civem T. ob delicta etiam in territorio V. ab ipso cōmissa. Quid enim alias necesse fuisset in transactionis instrumentum referre, quod captura illa privilegiis T. præiudicari non deberet? Quod si vero tam amplum est privilegium T. ut cives T. ob delicta à se etiam in territorio V. commissa capi nequeant ab officialibus V. ne tum quidem, cum delinquentes in eo deprehenduntur, aut certe ut ab ipsis capti ad Senatum T. remittantur, multo magis id etiam privilegium habebunt, ut de delinquentibus civibus in territorio V. ipsi soli & non officiales inquirant atq; statuant. Cui enim non licet, quod est minus, ei utiq; nec id licere debet, quod est maius, *per jura vulgata*, atq; si V. haberent in hoc casu jus inquirendi & statuendi, haberent utiq; & jus capiendi, *per l. 2. ff. de jurisd. om. jud. cum simil.* quippe quod per capturā deveniatur fere ad inquisitionem. At cum hoc illis denegatum sit, ut ex transactione patet, denegatū utiq; illis etiam est ius inquirendi & statuendi, per axioma, quod antecedēti destructo præsumatur etiam destructum id, quod ei est consequens, ut declarat Nic. Euerh. *in loco legal. à destruct. anteced. ad destruct. conseq.* Quamvis ut per præsumptiones & argumēta hoc ostendatur necesse nō est. Nam privilegium à principe civitati T. concessum esse, nō tantum circa capturam, sed etiam circa inquisitionem & cognitionem delictorum extra territorium T. in ditione principis quocunq; loco à civibus T. cōmissorum, ex eiusdem illius transactionis instrumento evidentissimum est. Reperiūtur enim in eo hæc verba formalia. Ocken sollen de T. privilegia, Herlichèiden / Rechticheiden/ vmb deß anfangs willen/ de von C. vth befehl mines Gnädigen leven Hern an A. begaen/ darmede de nicht gekrencket/ verhindert oder verbrocken wesen/ sonder in aller Macht vnd alt herkumfft/ ehe diese anfang geschehen/ tho bliven / vnd erer Borger vnd Inwonner nicht also tho vndernemmen / ten sy dat man se erst nha older gewonheit der Statt T. vor Borgermeistern/ Rath vnd Richter verfolgt vnd verklagt mit schrifften offt mit Rechten tosocken/ vor erem temlicken Richter/ ꝛc. Ex quibus apparet privilegiis civitatis T. nō debere præiudicari, nō tantum in puncto capturæ, sed etiam in puncto inquisitionis & cognitionis, cui alias per istam capturam a que atq; illi præiudiciū factum esse videbatur, ideoq; tribus locis instrumenti dicitur, vmb deß anfangs willen / non debere præiudicari, quasi ex uno illo iurisdictionis contra privilegia exercitæ actu, in reliquis etiam partibus iurisdictionis præiudicium fieri possit. His accedit, quod si de sola captura privilegium esset intelligendum, non usi essent transigentes, neque etiam princeps confirmans plurali numero, privilegien/ Freyheiden/ Rechticheiden/ qui † nō potest verificari in uno, *l. ubi numerus. ff. de testib. c. pluralis. de reg. jur. in 6 Dec. cons. 255.* Cum igitur transactio illa inita sit super captura facta ob excessus in territorio V. à cive T. commissos, atq; ob eam privilegiis civitatis T. præiudicari non debet, necessario inde consequitur, ut privilegia T. tum habuerint de civibus suis ob delicta etiam alibi patrata non evocandis, alioqui si non habuissent, valde absurdum esset, non debere præiudicari privilegiis in eo casu, circa quem privilegia non existerent. Atq; vel hoc solum sufficeret ad ostendendum T. civitatem eiusmodi privilegiū habere, siquidem apparet, eo tempore, quo trāsactio illa est inita, notoriū illud fuisse ex eo, quod non tantum præfectus V. in reservatū illud consenserit, verum etiam iudex iuratus apud T. id fieri passus fuit, quod verosimile non est, vel hūc vel illum facturum fuisse, nisi notorie de privilegio illi constitisset, adeoq; eo audacius præfectus V. promittere potuit se curaturum, ut eius rei nomine ab Episcopo O. Senatui T. securitatem acciperent. 56

Multo vero minus confirmasset princeps illud reservatum, nisi notorie constitisset de sæpedicto privilegio, quia non est verosimile, aliquē iactare suum, sibiq; ipsi præiudicare in eo, quod est suum, præsertim vero id verosimile non est in principe, ut de iurisdictione sua aliquid remittat, cum alias, quæ † à principis voluntate dependent, reputentur pro impossibilibus, *Bart. in l. fin. n. 2. C. de sentent. pass. & in l. si quis sub conditione. col. 2. ff. de testam. tutel. & in tract. Minoricar. in cap. incip. pone aliquis reliquit. fac. text in l. 2. §. tractari. ff. ad Senatusc. Tertyllian. Barbat. in c. quod translation. de offic. legati.* 57

Hinc

Hinc patet, transactionem & confirmationem non tantum sese referre ad privilegia T. sed eadem etiam exprimere, ut locus non sit iuribus supra allegatis, ad hoc quod privilegia per dubium & incertum vicientur.

Nec obstat confirmationi, quod originalis concessio non appareat, quia id procedit, quando de privilegio non constat, at eo tempore, quo confirmabatur transactio notorie constabat de illo privilegio.

Deinde si penitius rem introspiciamus, inveniemus, principem non tam confirmare privilegia T. quam obligare sese ad observationem privilegiorum T. de quibus notorie constabat, atque adeo confirmatione non indigebant, qua obligatione opus erat T. ne ex actu illo principis iussu contra privilegia facto ipsis præiudicaretur, si eum fieri passi fuissent.

Unde & illud sequitur, perinde esse, sive trãsactio subsistat, sive non subsistat. Non enim est transactum super privilegiis civitatis T. sed super captura A. idq; non inter V. & T. sed inter V. & A. in qua transactione sese officiales. V. obligarunt ad custodienda privilegia, quod utiq; facere iure & potuerunt & debuerunt.

Neque concedendum est, quod recognitio à principe data T. confirmatio sit transactionis, siquidem sese neq; ad transactionem refert, neq; de eo est facta, quod in trãsactionem principaliter venit, sed dũtaxat de eo, quod captura A. iussu suo facta non debeat T. præiudicare. Illa autem captura qualis fuerit, ex instrumento transactionis manifestum est.

Quare & recognitio Episcopalis, & transactio V. & libri antiqui T. in præsenti quidem controversia probationem faciunt plenissimam, neque dubitaremus affirmare, etiamsi in terminis facti novi & recentis versaremur, privilegium per illa omnia satis sufficienterq; probatum esse.

His ita positis, nullo negotio responderi potest ad ea, quæ ex adverso obiiciũtur. Nam quod dicebatur, scripturam privilegii non apparere, privilegium autem scripturam requirere, id etsi
58 verum sit, veruntamen † quoniam versamur in terminis privilegii antiqui, ex antiquitate præsumitur omnia circa hoc privilegium ab initio constituendum solenniter facta esse, secundum Dec. *cons.* 199. *n.* 5. *& cons.* 222. *n.* 6. *& cons.* 375. *nu.* 3. idemque confirmant Socin. sen. *cons.* 16. *vol.* 1. Alexan. *cons.* 79. *vol.* 1. *& cons.* 45. *in fi. vol.* 3. Curt. sen. *cons.* 277. *col.* 2. Curt. jun. *cons.* 76. *col.* 2. Paris. *consil.* 104. *n.* 45. *vol.* 1. Roland. à Valle *cons.* 99. *nu.* 24. *vol.* 2. Mantua. *cons.* 38. *n.* 34. *vol.* 1. Afflict. *decis. Neapol.* 305. *n.* 13.

Etsi vero illa scriptura nunc non appareat, est tamen valde verosimile, quod sit amissa, vel in deflagratione urbis T. quæ fuit anno Christi 1404. ut constat ex carminibus quibusdam Latinis, quæ in libris T. antiquis proxime post privilegiorum extracta descripta sunt, & ex rythmis Germanicis inscriptis parieti antiqui templi T. in qua deflagratione incendio dicitur esse absumptum templum, cui curia est vicinissima, vel certe in anno 1535 cum Princeps urbem T. occupavit, aliquot cistas plenas literis & instrumẽtis, quæ pertinuerunt ad urbem T. avehendas curavit, in quibus verosimiliter privilegii huius scriptura inter alias fuit reposita.

Quod autem Princeps urbem T. occupaverit, notorium est, neq; ulla indiget probatione: incendium vero satis probatur per † supradictas 59
literas inscriptas parietibus templi, per glos. *in c. cum causam. in verb. per libros. & ibi Dd. de probat.* gl. *in c. fine. el* 2. 24. *q.* 2. Castrens. *in l. si sepulcrum. C. de religios. & sumpt. fun.* Bar. *in l.* 1. *in prin. ff. de bon. possess. sec. tab.* Spec. *in tit. de probat.* §. *videndum restat. n.* 12. *vers. nono per libros.* Hippol. de Marsil. *in rubr. C. de probat. num.* 191. Bal. *cons.* 310. *vol.* 5. Deci. *cons.* 135. Calcan. *cons.* 90. *col.* 2. *n.* 8. Alba. *cons.* 54. *n.* 27.

Quin etiam idem per testes de auditu saltem deponentes probari poterit. Est enim incendium illud ante annos plus quàm centum commissum, ut in antiquo facto hic versemur, in quo † testes qui deponant, saltem sese audivisse 60
de incendio illo, plenam fidem faciunt, *cap. licet ex quadam. de testib. & ibi Abb. l. si arbiter. ff. de probat. l.* 2. §. *Labeo. ff. de aqua pluv. arcen. Alexand. cons.* 187. *n.* 16. *vol.* 2. ubi expresse asserit ad probandum antiquum, sufficere testimonium de auditu, quod idem approbant Fr. Aretin. *cons.* 37. *n.* 2. Jason *consil.* 65. *col.* 3. *vol.* 3. *& cons.* 128. *n.* 1. *vol.* 1. Deci. *cons.* 321. *num.* 8. & hanc communem esse Doctorum opinionem, attestatur Aretin. *in c. tam literis. & in d. c. licet ex quadam. de testib.* Cravett. *de antiquitat. temp. part.* 1. §. *viso de fama. num.* 2. Alba. *consil.* 6. *num.* 7. Campeg. *in tract. de testib. reg.* 206. *fallent.* 4. Joan. Crot. *in eodem tractatu, part.* 9. *num.* 366. eaque opinio tam vera esse censetur, ut etiamsi testes essent domestici, nihilominus admittantur deponentes de auditu auditus in antiquis, ut prodidit Bald. *in cap.* 1. §. *vasallus. si de feud. fuerit controversia inter domin. & agnat.* & Apostilla *ad decis. Tholos.* 4. *versicul. idem in factis antiquis.* Diazius *regul.* 746. *incip. testis domest. limit.* 24.

Quod † argumentum à verosimili probabile 61
esse, utile ac multum frequens, dicit Nicol. Euerhard. *in loco legali, à verosimili,* & qui arguit à verosimili, arguit à ratione naturali, cum verosimilitudo cognata sit naturæ, Bald. *consil.* 180. *numer.* 3. *volum.* 3. & pro lege habetur, ut est dictum singulare Oldradi *consil.* 13. quos refert & sequitur Cravet. *consil.* 292. *num.* 6. inde inferens, eum, qui habet verosimile pro se, habere casum legis, *argum. l. semper in stipulat. ff. de regulis iuris. gloss. in l. tale pactum.* §. *final. ubi communiter Doctores. ff. de pactis.* Cravett. *consilio* 85. *numero* 24. *& consilio* 135. *numero* 33. *Nevizan. consilio sexagesimo quinto, numero* 55.

Quod deinde obiicitur, non constare de nomine concedentis, neque de sigillatione, illud etiam in præsenti controversia non est admodum attendendum, siquidem satis est constare, quod à principe aliquo concessum sit, quamvis ne hic quidem multum intersit scire nomen concedentis, quoniam sufficit T. privilegium habere, qua in re satis eos tuetur antiquitas temporis; præterea sufficit illis privilegium in anno 1514. notorium fuisse, quo Princeps sese obligavit, quod illi præjudicari non deberet.

Adeoque illud etiam ex superioribus concidit, quod dicebatur nesciri, an Princeps consenserit, & si consenserit, non esse verosimile, si scri-

ptura privilegii amissa fuisset, acquieturum fuisse hucusque Senatum T. quo minus aliam scripturam peteret. De consensu enim ex supradictis satis constat, & quod privilegium notorium esset, alia scriptura, qua id aliquando probaretur, opus non erat; imo solicitum etiam fuisse Senatum circa privilegium, quod notorie habebat custodiendum, arguunt satis ea, quod praefectum V. cavere illis oportuit de supradicta recognitione à Principe in ipsorum favorem impetranda.

Similiter non obstat, quod dicitur, privilegia stricte esse interpretanda, quodque in privilegio controverso non disponatur expresse de criminibus etiam extra territorium T. commissis. Ostensum enim est ex facto transactionis, quomodo privilegium in eum casum accipiendum esset.

62 Paria † autem sunt, an aliquid expressum sit verbis disertis, an per relationem ad aliud, *l. ait pretor. § si judex. ubi Bartol. Alexand. Jason & alii, & precipue Ripa num. 1. & 2. ff. de re judic. l. hac venditio. § hujusmodi ff. de contraben. empt. l. institutio talis. ff. de condition. institut. l. si ita scripsero ubi Bart. Bald. Socin. & alii. ff. de cond. & demonstrat. Guido Pap. quaest. 459. vers. quia paria sunt. Tiraquell. de legib. connubial. gloss. 7. nu. 182. cum seq.*

Praeterea, nisi privilegium accipiamus de casu delictorum extra territorium T. commissorum, fieret elusorium. Nam ut cives T. ob delictum in T. territorio commissum non evocentur aliò, id habent beneficio non specialis, sed communis juris, ut conveniantur coram judice & domicilii & delicti simul. Quomodo enim evocarentur à judice, cuius subditi non essent, & in cuius territorio non deliquissent? Ut igitur privilegium, in quo excipiuntur etiam die Freyßtůle / in quibus causae duntaxat criminales agitari solent, aliquem effectum habeat, omnino oportet intelligi de commissis extra territorium, ut ne eorum quidem nomine delinquentes in loco delicti, sed in loco domicilii conveniri possint.

63 Sunt † autem privilegia ita interpretanda, ut effectum habeant & ne fiant elusoria, *c. si civitas. de sentent. excommunicat. in 6. cap. inter dilectos. de fide instrument. Parif. consil. 70. num. 4. volum. 1.* atque ut addant aliquid juri communi, *cap. in his. de privileg. Bartol. in l. 4. § pretor ait. de damno infecto. Innocent. in cap. causam. de rescriptis. Jason in l. ait pretor. in princip. ff. de jurejurand. Parif. consil. 12. num. 182. volum. 1.*

Unde si jurisdictio civitati concedatur, erit etiam concessa in continentibus, etsi illud expressum non sit, *l. 1. § cum urbem. ff. de offic. praefecti urb. Bartol. in l. 2. in princip. oppos. 1. & ibid. Alciat. nu. 1. Abbas in c. Rodolphus. n. 4. de rescrip. & ibid. Felin. nu. 6. vers. limita secundo.*

Hinc dicit gl. *in c. allegant. in vers. tenax. 26. quaestio 8.* quod verba generalia, quae Princeps ponit in suis privilegiis, tu non debes tenaciter & stricte interpretari, cui consentit alia gl. ff. *in cap. pastatus 23. quaest. 1.* quod verba in privilegio principis posita debemus conformare aequitati, licet verba etiam hoc non patiantur, & consuluit Oldrad. *consil. 268. incip. quaestio est utrum, in fin.* & sequitur Jason *in l. quandocunq. C. de testament. milit.* quia Principis liberalitas fraeno non subest, nec debet coërceri, *l. penult. C. de donat. inter virum & uxorem. l. sancimus. C. de donation.* & probat textus apertus *in l. final. circa med. C. de praepos. agent. in reb. lib. 12.* ibi, absurdum & temerarium fore propter astutam interpretationem velle beneficia principum recludere ad strictam interpretationem.

Atque † ut privilegia principum largissime interpretentur, non tantum in his, quae sunt secundum jus commune concessa, sed etiam in his, quae sunt data contra & praeter jus, dicit Niconit. *in rubr. ff. solut. matrimon. num. 123. & nu. 125.* & sequitur Menoch. *de arbitrar. jud. quaest. casu 99. num. 13.* ubi addit, quod privilegia, quae strictam alias interpretationem requirunt, interpretanda sint large, si à principe sint concessa, quia qualitas † concessionis ex persona concedentis efficit, ut illa dispositio quae alioqui strictam reciperet interpretationem, largam tunc admittat, quod *ibidem num. 14. & 15.* illustrat exemplo legati, quod natura sua strictam interpretationem habet, admittentis largissimam interpretationem, si factum sit consanguineis & affinibus. Et vero etiam negatur hoc privilegium juri esse contrarium, quandoquidem juri etiam communi, ut ex supradictis patet, est consentaneum, ut delicta extra territorium judicis domicilii commissa, puniri possint à judice domicilii. 64 65

Quod autem Episcopus O. civibus T. hoc indulsit, ut coram nullo alio judice conveniantur, quàm corã Senatu eius civitatis, in eo jus suum, quod ipse habuit, remisit, neque ea ratione aliis, praesertim officialibus V. ut qui tempore privilegii concessi nullam omnino habuerint potestatem de criminalibus causis cognoscendi, quam ante non multos annos accepisse dicuntur, praeiudicavit. ex quo iterum consequitur, ut maxime privilegium illud contra jus commune esse concederetur, nihilominus interpretationem largam admittere.

Nam praeterquam, quod alias tradunt Doctores, à verbis † privilegiorum eorumq; significatione propria non esse recedendum, etiam quando tertio essent nociva, *Abbas in d. c. ad audientiam. not. 1. & 2. Parif. consil. 22. num. 6. volum 4.* tum vel maxime contra concedentem interpretari debent, per tradita ab Alexand. *consil. 110. num. 10. volum. 6.* qui allegat Doctores ita tenentes *in cap. olim tibi. de verborum significat. & in cap. cum dilecti. de donation.* & quod dicitur privilegium contra jus concessum esse accipiendum stricte, id intelligitur & restringitur, nisi privilegium praeiudicet concedenti, quia † tum lata debet eius fieri interpretatio, per text. *in c. quia circa. de privileg. cap. cum dilectus. de consuetud. l. nec avus.* & ibi Bald. *C. de emancipatione liberorum.* & not. *in l. cum filius. C. de milit. testamen.* Innocent. *in d. cap. cum dilecti. & in d. cap. cum olim,* Bald. *in c. 1. § final. quid sit investit.* Bartol. *in l. Gallus. § & quid si tantum. ff. de liberis & posthumis.* Jason *in l. final. ff. de constitut. princip.* Alexand. *consil. 78. incip. in occurrenti casu. colum. 4. volum. 2.* Abbas *consil. 1. colum. 1. part. 1.* Grammat. *decis. Neapol. 59. numero 46.* 66 67

Non

68 Non etiam obstat † allegatum *cap.1. de privileg. in 6.* quoniam id loquitur de personis singularibus, qui ab aliqua jurisdictione exempti sunt: præsens autem casus noster est de privilegio non delinquentibus cõcesso, sed cõcesso universitati seu civitati T. adeo ut delinquentium favor hic nullus versetur, sed favor Reipublicæ, ex quo fit, ut delinquentes, quantum ad ipsorum quidem personas attinet, evocari possent, sed quod evocari nequeant, id fit ob civitatem ipsam, cui hoc concessum est, ut eius cives delinquentes extra territorium, alio non evocentur.

Deinde interpretantur Doctores *d. cap. 1.* ut locum habeat, cum exemptionis privilegium sit certo loco circumscriptum, quia eo casu delinquens aut contrahens extra illum locum, etiamsi jure communi fuerit exemptus, ac juris communis privilegio munitus, poterit puniri per judicem illius loci ubi deliquerit, ut persequitur Didac. Covar. *c.11. pract. quæst. n.5.* in cuiusmodi casu nos nunc non versamur, sed in contrario potius, quo exemptionis privilegium non est certo loco circumscriptum.

Quod autem privilegium illud T. privative concessum sit, atque adeo præsumptioni locus non sit, quod jurisdictione concessa censeatur concessa esse accumulative, & credatur superiori sua jurisdictio reservata esse, præsumitur ex antiquitate temporis, deinde verba privilegii in antiquos civitatis T. libros relata id expresse evincunt, tertio transactio supradicta, & quarto actus ille, qui in anno 1573. exercitus est, quia præfectus W. non restituisset S. si alius accumulative jurisdictionem habuisset.

At eo solo casu si accumulative jurisdictio est concessa, locum habet præventio, non etiam, si concessa sit privative, quo casu jurisdictio à superiori adempta est totaliter & relicta inferiori, *ut in authent habita. Cod ut fil. pro patre. & ibi Bald. colum. 8. versic. super hoc distingue. Felin. in cap. pastoralis. de offic. ordin. Anton. Capic. decis. Neapol. 9. num. 15. & seq.*

Postremo de actibus, quos allegant officiales V. nihil dum constat, neque ullos nominatim expresserunt, adeoque de illis curandum non est. Nam quod prætendunt A. illis in V. pœnam exsolvisse 38. florenorum, de eo nihil constat, & ut concedatur id factum fuisse; non negant T. transactione componi posse cum judice delicti, si civis aliquis T. extra territorium judicis domicilii delictum commisisset: atque ne illud quidem negant pœnam V. aliisve in quorum territorio delictum esset patratum, pendendam esse, sed cognitionem de crimine, & ut statuatur de pœna, id sibi ut judici Senatus T. asserit concessum esse.

Neque obest privilegio T. si forte accidit, ut apud S. vel alibi in ditione O. super crimine civis T. processum fuerit, quia † privilegium civitati datum non amittitur propter contraventionem civium, quod actus eorum non debeant nocere universis, quod singulariter notandum esse dicit And. Gail. *lib.1. obser. pract. 60. nu. 14.* allegans ad hoc Felin. *in c. cum accesissent. num. 28. vers. tertio limita. de constit. & in c. cum omnes. n. 14 eod.* vide ad hoc Andr. Gail. *lib.1. obs. pr. 40.* 69

Cumque actus à T. in anno 1514. & in anno 1573. exerciti circa hoc privilegium manifesti sint, ex iisdem illis, quale privilegium sit, satis intelligitur, neque obiici illis potest, quod non utendo id amiserint, si quod habuissent, quia ex illis actibus liquet, quod eo usi fuerint, quoties sese utendi occasio obtulit. Privilegium † autem 70 nunquam tollitur, si casus, super quo est concessum, nunquam evenit, etiamsi quis staret per mille annos, *Panorm. in c. antiqua. num. 4. de privileg. & in cap. ad audientiam. col. fin. de præscript. & in cap. abbate. num. 18. de verborum signific. Joan. Andr. in addit. ad Speculat. sub tit. de feudis.* & hoc est generale, quod per non usum quis non amittit jus suum, quando non contingit occasio utendi, *Felin. in d. c. cum accessissent. n. 25. Jas. in l. fin. nu. 53. vers. tertio principal. quærunt. ff. de constit. princip.* & hanc sententiam communem Doctorum conclusionem esse dicit Nicol. Bellon. *cons. 1. nu. 11.* Bursat. *cons. 87. nu. 15. vol. 1.*

Postremo quod ad juramentum à Senatoribus T. præstandum attinet, id non ab omnibus necessario præstatur, sed ab his tantum, qui volentes ex Senatoribus, se legi patiuntur in numerum Scabinorum criminalium: neque tamen aliud iuramentum præstant, quàm quod & alii præstare solent, qui non sunt ex civitate T. adeoque negatur, quod in specie eo modo iurent, quo supra inter dubitandi rationes dictum est, quod iurent, eoque rectius id negatur, quod antequam iuramentum Scabinorum criminalium præstent, per expressum T. sua privilegia & iura reservant, quo ipso testatum faciunt, iuramentum præstandum nolle sese ad illud extendi.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

IN hac quæstione præsupponimus, præsidem Curiæ secularis O. competentem esse causæ huius, super qua inhibitiones adversus officiales V. decrevit, iudicem. Nisi enim competens esset iudex, frustra quæreretur, an officiales prædicti inhibitionibus ab ipso emanatis parere necesse habeant, siquidem manifesti iuris est, † iudici in- 71 competenti impune non pareri, *gloss. in c. veniens. vers. propter contumaciam. de accusat. & in l. 2. ff. si quis in ius voc. non ier. Dec. in l. fin. num. 16. ff. de jurisdictione omn. judic.* eo quod ubi iudex competens non est, ibi deficiat iudicium, *Bald. in l. clarum. C. de autorit. præst. Barbat. consil. 50. colum. 3. in fin. volum. 1.* ideoq; quæ ab eiusmodi fiunt, adeo nulla sint, ut ex statuto etiam omni nullitatis exceptione sublata, non tamen censeatur sublata nullitatis exceptio, quæ ex iurisdictionis defectu provenit, *gloss. in clemen. unica. de sequest. possess. & fruct. Felin. in rubr. de foro compet. num. 2. & in cap. pastoralis. de exception.* cum multis aliis, quos allegat Sebast. Vantius *in suo tract. de nullitat. sub tit. de nullitate sentent. ex defect. jurisdict. ordin. num. 4.* ubi laudat Alexandrum *consil. 79. incip. in causa & lite. in fin. lib. 7.* dicentem, illam glossam in hoc magis communiter esse receptam.

Quin autem † à iudice superiori, ad quem ab 72 inferiori est appellatum in ea causa, in qua appellatum est, inhibitiones unà cum citationibus

decerni possint, non tantum si à sententia definitiva, sed etiam si à sententia interlocutoria definitivæ vim habente appellatum sit, dubium non est, per textum *in cap. non solum. & in cap. Romana. §. si vero. & seq. de appell. in 6.* ubi Dd. Panormitan. *in cap. dilectus filius. el 2. num. ultim. de rescript.* Bald. *in addit. ad Speculat. in tit. de appellation. in extravag. versicul. per appellat. ab interlocutoria.* Andr. Gail. *libr. 1. observat. practic.* 144. *in principio.*

73 Appellatio † enim legitime facta judicatum judicis inferioris extinguit, aut saltem suspendit, causamque ad judicem appellationis devolvit, atque adeo, ut omnia, ita & inhibitiones decernendi potestatem concedit, *l. 1. §. fin. ff. ad Senatusconsf. Turpill. l. furti. §. 1. ff. de his qui notant. infam. l. si causa cognita. C. de transact. c. venientes. de jurejur. cum similibus.*

74 Ceterum cum de jure proditum sit, † vel sola appellatione interposita nihil esse innovandum, *tot. tit. ff. nihil novan. pendente appellat. cap. super eo. el 1. de appellation. cap. si à judice. eod. in 6. Dec. in rubr. de appellat. colum. 4. versic. secundo principal. post Abbat. ibidem. Domin. de Rota decis. 130. incip. si post inhibitionem, in novis.* tum vero multo minus judex patietur per se quidquam innovari pendente appellatione, si ei præterea sit inhibitum, sed inhibitionibus parere omnino necesse habet, *d. c. non solum. Archidiac. in c. anteriorum. nu. 4. & in c. appellationem. n. 4. 2. q. 6. Deci. in l. 1. n. 2. & 3. C. de bonor. possess. secundum tabul. Angel. consf. 217. colum. 2. circa fin. vers. dicet quis. Aegid. Bellamer. decis. 623. Vital. in tractat. clausularum, in claus. nihil novari. numero 3. & sequenti.*

Nam alias etiam in genere traditum est, judi-
75 cis † iussui parendum esse, si non notorie constet de iniquitate, per textum *in l. 2. ff. de appellat.* Bartol. & Dd. *in l. ut vim. ff. de justitia & jure.* ubi Zoanett. hanc communem esse dicit, eiusque iussum excusare à dolo, *c. quod quis mandato. de regul. jur. in 6. l. non videntur. §. qui jussu. ff. eod. l. juste possidet. ff. de acquirenda vel omittenda possessione. l. si quis id quod. §. final. ubi gloss. ff. de jurisdictione omnium judicum.*

Etsi vero hæc omnia tum demum locum habeant, cum appellatio non est manifeste frivola, & sine vera legitimaque causa facta, *c. cum appellationibus. & ibi Perus. in prin. de appellat. in 6. Bartol. in l. Chirographis. §. ab eo. num. 2. ff. de administrat. tutor.* Paris. post alios ab eo relatos *consf. 49. num. 21. volum. 4.* & post inhibitionem emanatam gesta nihilominus valeant, si inhibitio legitime facta non sit, *cap. audita. de restitut. spoliat. Felin. in d. cap. dilectus. num. 14. Bartol in l. ejus qui. num. 8. de appellation. recipiend. Domini de Rota decis. 389. incip. si appelletur, in novis.* in præsenti tamen controversia Senatum T. iustissimas habuisse appellandi causas pro suo interesse, ex decisione quæstionis superioris satis est manifestum: & vero quod appellare ipsi de iure licuerit, constat. Cuique e-
76 nim † appellare liberum est à sententia iudicis, quam non ita latam esse, sua interesse putaverit, etiam tum, cum sententia prorsus inter alios lata est, neque ipse ab initio intervenerit, *text. est in cap. super eo. de offic. delegat. cap. cum super. de re judic. l. ab executore. §. alio. ff. de appellat. notatur in cap. venient. el 2. de testibus. & in l. à Divo Pio. §. super rebus. ff. de re judic.* adeo, ut eam quandoque necessariam esse, cum sententia lata omnino tertio præiudicat, scripserit Didacus Covarruvias *practic. quæst. cap. 15. num. 1.* post Bartol. *in l. à sententia. numero 5.* & ibidem Angel. *colum. 2. ff. de appellation.* late Andr. Gail. *lib. 1. observat. practic. 122. numero 5.* Idque procedit non tantum, si sententia definitiva sit, sed etiam si sit interlocutoria, maxime si ea vim habeat definitivæ, *cap. 1. de dilation. cap. ex parte. de appellation. Bartol. in l. 2. nu. 2. ff. de appellation. recip. Mynsing. centur. 4. observat. 43.* ita ut in dubio appellationes quascunque recipiendas esse censuerint Speculat. *in titul. de appellation. §. nunc dicamus. num. 5.* Alexand. *in l. ad probationem. la 1. num. 22. C. de probation.* ubi multos ad hoc allegat Roland. à Valle *consil 18. num. 3. volum. 3.* Andreas Gail. *lib. 1. observat. practic. 81. num. 11.* eamq; regulam esse vulgarem, dicit Joseph. Ludovic. *decis. Perus. 40. numero ultimo.* quia regulariter à quacunque sententia appellatio permissa est, nisi expresse prohibita reperiatur, *l. & in majorib. C. de appellation. gloss. ordinaria in l. qui restituere. in fin. ff. de rei vindicat. Socin. consf. 195. num. 1. & consf. 300. nu. 9. Dec. consil. 34. num. 2. post Speculat. Bald. & Angel. per eum allegatos, & consil. 49. num. 1. Neviz. consil. 44. num. 8. & 9. Zasius in l. a judice. num. 12. & seq. C. de judiciis.*

Apparet vero ex facti proposita specie, Senatum tanto maiorem habuisse appellandi causam, quod cum cives quidam T. ab officialibus V. ad iudicium criminale V. essent evocati, & Senatus super incompetentia officialium V. excepisset, officiales prædicti eo non attento, cum de obiecta exceptione incompetentiæ nondum cognovissent, in contumaciam illorum civium processerunt, eosque condemnarunt. Neque enim cives illi contumaciæ ullius argui potuerunt, quippe quod Senatus T. exceptionem illam incompetentiæ allegando, non pro suo tantum interesse intervenerit, sicuti de iure illi concessum fuit, per text. *in d. c. cum super. & in d. l. à sententia. l. sæpe. ff. de re judic. l. si suspecta. ff. de inoffic. testament.* Benintend. *decis. 75.* Joseph. Ludov. *decis. 26.* Andr. Gail. *lib. 1. observat. practic. 70. in prin.* verum etiam eo ipso cives suos defenderit, quod itidem de iure illi concessum fuisse, patet ex traditis ab Andr. Gail. *lib. 1. observat. practic. 125. num. 4. & sequenti,* ubi dicit, factum subditorum tangere dominum, ipsumque dominum turbari & iniuria affici videri.

Atque ut maxime contumaciæ alicuius argui potuissent, debuit tamen primum omnium de competentia officialium V. constare, super qua cognoscendum erat, antequam progressus fieret ad ulteriora, per ea quæ tradit Vanti. *in d. titul. de nullit. ex defectu jurisdict. nu. 9.* quia † iudicatum dici 77
non potest ab eo, qui ius iudicandi non habuit, vel quod adhuc est in controversia, *l. 1. §. hac autem verba. ff. quod quisq; iuris. l. 2. in fin. ff. de pœnis.* atque ita communiter tenere Doctores *in l. 2. ff. si quis in jus vocatus non ierit.* testatur Mynsing. *responsf. 26. num. 4.* ubi addit, requiri, ut iudex sciat, se esse iudicem, *argum. l. quæro. ff. de eo qui pro tutor. Bartol. in l. multum. ff. de conditione & demonstratione.*

Verum

Verum officiales V. cognitione causæ super exceptione illa omissa protinus evocatos cives condemnarunt, qua in re cum præjudicium maximum factum sit civitati T. pro privatis officiales reputantur, non pro judicibus, ac proinde licite illis resistere potuerunt T. per text. *in c. conquerente, de restitut. spoliat. & in l. omnes judices. Codic. de decurion. li. 10.* & alios quos allegat Menoch. *remed. 8. de recuperand. possess. n. 9.* & post eum Andr. Gail. *lib. 1. observ. pract. 75. n. 3.*

Multo vero magis præsidi curiæ secularis O. de jure permissum fuit prædictis officialibus inhibere, neque hoc casu opus fuit prius de inhibitionibus decernendis cognoscere, siquidem judicatum & ob incompetentiam judicis, & quod sine causæ cognitione processerit nullum est, ut etiam inhibitionibus omnino opus nō fuisset imo vero neq; appellatione.

Sed etsi inhibitiones illegitimæ essent decretę eo ipso tamen quod officialibus V. insinuatæ sunt, ab iisdem acceptatæ, neque inde ullo modo appellatum, factæ sunt legitimę & transierunt in
78 rem judicatam *l. 1. ff. de re judic. cum similib.* † quæ pro veritate habetur *l. res judicata. ff. de regul. jur. l. ingenuum. ff. de statu hominum. Jos. Ludovic. decis. 72. numer. 24. & seq.* ut jam inhibitionibus illis parere non tantum ob jussum judicis, sed etiam ex tacito suo ipsorum consensu de jure teneantur.

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

HÆc quæstio proposita est obscurius, nec ullum sensum ex ea habere potui: visa autē est ita formanda, ut dubitetur, an inhibitio præsidis curiæ O. cassata sit ex eo, quod postmodum à Proprincipibus O. adversus Senatum T. mandata pœnalia sint decreta: aut certe hoc modo, an mandatum Principis de capiendo F. non sit sublatum per inhibitiones supradictas, & quod ipse Princeps sicut & Proprincipes O. causam privilegii juris disceptationi commiserint, ad quam quæstionem respondere non est difficile. Jam enim præsuppositum nobis fuit præsidem curiæ O. competentem esse judicem, ad quem devoluta causa principali nempe privilegii, devoluta etiam esse censentur omnia ea, quæ illi connexa sunt sive consequentia. Connexo-
79 rum † enim idem est judicium, ut est text. *in cap. translato. de constitution. & ibid. gloss. in verb. quod de uno, & in c. inter ceteras. de rescript. & in l. proinde si servus. ff. ad leg. Aquil. & in l. arbor. ff. commun. divid. & in l. qua religiosis. ff. de rei vindicat.* & posito genere ponuntur omnes ejus species. *Nicol. Euerhard. in loco leg. à genere ad speciem, versic. Illud etiam certum est.*

Quare inhibitione facta, non illa tantum prohibita esse intelliguntur, quę processum iudicialem atq; ea, quæ in genere privilegium concernunt, sed etiam & quidem multo magis ne quid attentetur in causa meritorum, & ne quidquam fiat, ex quo ei, qui inhibitiones impetravit, præiudicium fieri queat. Nam inhibitiones factum spectant, factum autem exercetur nō in genere, sed in specie aliqua.

Ut igitur officialibus V. non licuit in causa ulterius adversus cives T. evocatos procedere, ita nec licuit ipsis ullum alium actum exercere, qui privilegio supradicto esset connexus, aut sub eo ut species sub genere comprehendi posset, cuiusmodi fuit actus ille, quo F. ceperunt & in custodiam V. ducere voluerunt, cuiusq; nomine mandata illa pœnalia emanata sunt.

Cum enim alias officialibus id non licuerit propter privilegium, quod habet civitas T. de nō evocandis eius civibus, de quo dubium omnino nullum est, tum vero vel maxime id ipsis non licuit lite pendente, & inprimis supra dicta inhibitione stante per tradita à Johan. Mont. *in c. cupientes de electio. in 6.* Bald. & Salicet. *in l. appellationem. C. de appellation.* Octavia. Vestr. *in practic. Cur. Roman. charta. 205. versic. si vis ut gestorum.* Nicel. *in tractation. de concordant gloss. 70.* per quam fit ut attentata pendente appellatione ante omnia sint revocanda per text. *in c. non solum. de appellation. in 6. & in clem. final. ut lite pendente.* Dd. *in l. 3. C. de appel.* Gail. *lib. 1. observ. pract. 146. in princ.*

Nam quod principis iussu sese id fecisse dicūt, eiusmodi est ut ex eo sublevari nequeāt. Præterquam enim, quod † de eo non constat, de quo 80
tamen ante omnia constare debuerat *Alex. cōs. 18. vol. 1. Dec cons. 424. col. 1. Paris cons. 1. col. 2. volu. 4. Soc. jun. consil. 47. col. 2. vol. 2. Jos. Ludovic. decis. Perus. 15. n. 1. & seq.* eo ipso tamen quod se iussu principis id fecisse ac proinde excusandos esse, quasi contra inhibitionem non fecerint, dicunt, tacite fatentur sibi non licuisse quidquam contra inhibitionem facere, nisi eius faciendi mandatū à principe impetrassent.

Quamvis ne sic quidem, etiam iussu seu mādato apparente, ius habuissent civem T. capiendi, quo minus Senatui T. sese interponere licue-
rit. Mandata enim † & rescripta principum sub 81
reptitia nullam tribuunt iurisdictionem, *c. super literis. & c. final. de rescript. l. præscriptione. C. si contra jus vel utilit. public. Andr. Gail. lib. 1. observat. practic. 14. numer. 3.* ubi dicit observandum esse, quod huiusmodi mandata sine clausula non habeant parendi necessitatem sed admittāt exceptiones sub & obreptionis.

At iussum seu mandatum illud principis, si quod emissum est, subreptitium esse ex eo colligitur, quod verosimile sit principem de privilegio T. non certioratum id mandasse, quia si certioratus fuisset, non id mandasset aut non ita facile *per text. in d. c. super literis. juncta gl. & c. postulasti. de rescript. Curt. jun cons. 246. n. 4. vol. 3* quod idem principi in anno 1513. & sequenti accidisse ex ipsius recognitione T. data liquet.

Cum enim T. à principibus in O. privilegium, illud consecuti sint, utiq; † & illud successores 82
omnis tēporis servare cogūtur, *c. 1. ubi Dd. de proba. Zas. in l. 2. §. eodem tempore anni ff. de orig. jur. Cravet. de antiq. temp. part. 1. §. 1. n. 17.* adeo ut ne de plenitudine quidem potestatis contravenire possint, *Castr. in l. digna vox. C. de legib. Zas. cons. 10. n. 5. vol. 2. Myns. resp. 24. n. 19.*

Quando † autem princeps revocat, quod ser- 83
vatum oportuit, præsumitur circumventus ex oblivione vel ex facto impetrantis, etsi id faciat motu proprio, per text. sing. *in l. prædia. Cod. de loca. præd. civil. lib. 11.* Decius. *consil. 286. numer. 4. 7. &*

 8. Ale-

8. Alexand. *conſ.* 122 *num.* 16. *volu.* 4. Mynſing. *cent.* 3. *obſervat.* 61. ubi dicit adeo cenſeri deceptum fuiſſe principem quando revocat, quod ſervare tenebatur, ut contrarium probari non poſſit, idq; velut ſingulare nō contemnendum eſſe, quia ſæpe id in aulis principum evenire ſoleat.

84 Quam ob cauſam † etſi de principis poteſtate diſputare non liceat *l. 2. C. de crim. ſacril. c. ſi quis ſuadente. §. committunt. 17. quæſt. 4. Bald. conſil. 359. colum. 1. circa med. volu.* 1. de voluntate tamen & ſcientia principis licet inquirere, ut late confirmat Andr. Gail. *lib. 1. obſervat. pract.* 50. *&* 58. quia nonnunquam male inſtruitur princeps, *text. in c. fin. de reſcript. in 6. & in c. unico, de religio. domib. And. Gail. d. obſerv. 14. n. 6.*

85 Quinimo † mandata principum etiam ex certa ſcientia & motu conceſſa nihil operantur in præjudicium tertii, *Aret. conſ. 15. n. 6. Curt. jun. conſ. 142. nu. 8. Goʒadin. conſ. 9. n. 42. Pariſ. conſ. 1. nume. 84. & conſ. 11. num. 12. vol. 1. Soc. jun conſ. 77. num. 26. volum.* 1. Zaſ. *conſ.* 10. *num.* 30. *volum.* 2. *Gramma. de-*
86 *ciſ. 104. num. 2. & 3.* Nam in genere † omnia principum reſcripta intelligenda ſunt cum juſtitia, ut nemini injuriam faciant, *c. ſuper eo. de offic. deleg. ubi Panorm. l. ex facto. ff. de vulgar. & pupill. ſubſtitut. l. nec avus. Cod. de emancipat. lib. l. 2. §. merito. & §. ſi quis à principe. ff. ne quid in loco public. cum ſimilibus infinitis.*

Quod autem per ſub & obreptionem princeps inductus ita juſſerit, ex eo ēt patet, quod cū poſtea cognovit de privilegio T. & quod V. illud impugnarent, totum illud juris diſceptationi cōmiſit, quo ipſo à priori juſſu ſeu mandato receſſiſſe videtur.

Quare tanto minus debuiſſent Proprincipes in O. mandatū pœnale contra T. decernere, quoniam fundamentum quo illud nititur, vicioſum eſt, imo vero nullum, præſertim cum & ipſi in quadam miſſiva ſe totam illā controverſiam quæ de privilegio illo eſſet inter T. Senatum & officiales V. juris diſceptationi relinquere affirmēt.

Ex quibus concluditur inhibitionem præſidis curiæ ſecularis in O. factam officialibus V. non tantum non caſſatā, ſed etiam tam per ipſam quā per ipſum principem, quin imo & Proprincipes in O. prætenſo mandato principis amplius locum non fuiſſe, atq; adeo Proprincipes non debuiſſe contra T. ulla mandata pœnalia decernere.

QUARTÆ QUÆSTIONIS resolutio.

Hujus quæſtionis, quemadmodū & reliquarū ſubſequentium deciſiones ex deciſionibus antecedentium quæſtionum per ſe ipſas ſatis patent. Quod n. ad hanc quæſtionem attinet extra omnē
87 controverſiam eſt defenſionē † cuilibet eſſe permiſſam omni jure *Clem. 1. de homici. l. 1. §. cum arietes. ff. ſi quadrup. pauper. feciſſe dicet. l. ut vim. ff. de juſtit. & jure. Bartol. in l. hoſtes. ff. de captiv. & poſtlimin. reverſ. Innocent. in cap. olim. el. 1. de reſtitution. ſpoliat. Petr. Duen. regul* 192. *incip. Defenſio cuilibet.* idque
88 verum eſſe non tantum † de defenſione vitæ & honoris ſui, ſed etiā de defenſione rerum & bonorum, ut pro eorum tuitione alium non vulnerare tantum ſed etiam occidere liceat, eſt gloſſ. *in l. ut vim. ff. de juſtit. & jure,* gloſſ. *in l. itaq; in verb. latronem. ff. ad legem. Aquil.* gloſſ. *in l. 1. C. unde vi,* tex. juncta gloſ. *in l. Advocati. C. de advoc. diverſ. judic.* Dd. *in c. 2. & in c. ſignificaſti. de homicid.* Bartol. Bal. & cæteri communiter *in dict. l.* 1. & omnes *in d. l. ut vim* atq; communem eſſe hanc Dd. ſententiam atteſtantur *in theſaur. commun. opin.* Fr. Vivius, *opin incip. defenſio unicuiq;* Raim. Pius Fichard *opin. incip. defenſio bonorum* Lauren. Kirchov. *opin. incip. defenſio rerum;* adeo ut liceat pro defenſione rerum cōgregare amicos, qui poſſint eum, qui vim rebus meis infert, impune percutere, ut notabiliter firmat Bar. *in l. de voto. C. de meta. & Epidem. li. 12. & in l. prohibitū. C. de jure fiſci li.* 10. quem ſequitur Corſ. *ſing. incip. defenſio. el. 2.* Jaſ. *in d. l. ut vim. n.* 30. Hippo. *ſing.* 456. etſi inferatur tantum vis turbativa, *l. 4. §. cum generaliter. & in l. cum fundum. ff. de vi & vi armat. Bart. in. l. 1. §. Hoc interdicto. num. 3. ff. de itiner. actuq; privato.*

Cum igitur in prima quæſtione demonſtratū ſit habere civitatem T. hoc privilegium, ut non poſſint ejus cives ob quæcunq; etiam maleficia alio evocari, & ex ſecundæ quæſtionis reſolutione conſtet officiales V. teneri parere inhibitionibus curiæ O. is autem F. cuius mentio fit in quæſtione & in facti ſpecie propoſita civis ſit T. qui ab officialibus V. captus fuit eo animo, ut in cuſtodiā V. deduceretur ob delicta quæ in territorio V. commiſiſſe dicebatur, non videmus quomodo non potuerit de jure Senatus civem illum ſuum repetere. Atq; hoc eo magis illis de jure conceſſum fuit, quod civem illum ſuum ſine ulla vi adhibita repetierunt, quod tamen & ipſum illis conceſſum fuiſſe ex modo dictis clarum eſt, argumento à minori ſecundum ea quæ docuit Nicol. Euerh. *in loc. legali à minori.*

QUINTÆ QUÆSTIONIS resolutio.

Multo vero minus ullus civis in T. rebellis dicēdus aut pro ejuſmodi habēdus eſt, ex eo quod occaſione hujus privilegii & ejus defenſionis cū V. verbis contendiſſe dicuntur. Non enim poſſunt argui ullius inobedientiæ aut conſpirationis quam contra principem ſuum fecerint, quod
in † rebellionis crimine fieri neceſſe eſt, per no- 89
tata à Bartol. *in extravagant. ad reprimendum in ver. rebellis,* ubi & alii Dd. Bald. *in l. amiſſione. §. qui deficiunt.* ubi gloſ. *ff. de capit. diminut.* Panormit. *in cap. ſane. de offic. deleg.* Corn. *conſ. 69. per totum. volum.* 4. Dec. *conſ. 604. nu. 1. & conſ. 544. nu. 2.* Alex. *conſ. 13. n. 7. vol. 6.*

Nam quod dicuntur contraveniſſe juſſui ſeu mandato principis de F. capiendo, id in facto deficit, cum de illo juſſu non conſtet. Non poteſt aliquis dici contraveniſſe ei, de quo non conſtat, an exiſtat, aut aliquādo extiterit, ſiquidem privatio
præſupponit habitum *per jura vulg.* & † non entis 90
nullæ ſunt qualitates, *l. ejus qui. §. pen. ff. ſi cert. peta. de reb. cred. gloſ. in c. bona memoria el 1. in verb. per rerū naturam. de elect. c. ad diſſolvendum & ibi gloſſ. in verb. accuſari. de deſponſat. impuber. Bal. in l. milites. C. de teſtam. Fr. Balb. in l. Celſus. not. 5. ff. de uſucap.*

Deinde etiamſi juſſum aliquod extitiſſet, id tamen factum eſſet officialibus V. de quo nihil cō-
ſtitit vel Senatui vel civibus T. quæ † ipſorū igno- 91
rātia eo magis præſumitur, quia circa factum eſt prorſus alienū, *Bal. in l. quicunq; colum. 1. C. de ſerv.*

fugi-

fugitiv. Roland. à Valle conf. 36. incip. in casu numer. 1. volum. 2. Socin. regul. 220. incip. ignorantia circa factū, & sequ. & valde est probabilis l. genero. ff. de his qui not. infam. l. final. ff. de decret. ab ordin. faciend. Cravet. conf. 6. numer. 73. & consi. 260. colum. 1. in fine, Meno. lib. 1. de arbitr judic. quæst. 72. numer. 3. Ignorans au-
92 tem non videtur consentire in delictum, & † qnę libet supina etiam & crassa ignorantia à dolo remota, crimen excludit l. plagij ff. de ambit. l. penult. in fine, & per notat in l. igitur. ff. de liberal causa. & in l. 1. § bestias ff. de postul. Bart & alij in l. ex hoc jure. ff. de justit. & jure. & in specie quod ignorans non dicatur contemnere autoritatem principis ac proinde rebellare est, text. in l. si ignorans. ff. loca. quem allegat Octa. Cacher. decis. Pedemont. 138. nu. 24. & post eum Andr. Gail. li. 2. observ. pract. 48. n. 27.

His accedit, quod supra in resolutione quæstionis tertiæ dictum est, mandatum illud Principis, si quod fuisset, eo ipso, quod controversiā de privilegio T. juris disceptationi ipse Princeps commisit sublatum esse, ut prætereamus jussum illum sub & obreptitiè impetratum fuisse.

93 Nunc autem certi juris est, quod † animus & intentio maleficia distinguant l. qui injuriæ. ff. de furtis. l. quod reipub ff de injuriis. & in delictis dolum requirentibus dolo deficiente delictum non cōmitti. l. inter omnes. § recte. l. falsus. §. qui alienum. ff. de furtis.

94 Cum igitur † rebellio crimen sit unum ex his, quæ sine dolo non committuntur t. tit. ff. & C. ad leg Jul. majestat. nullus autem in præsenti casu civium T. dolus argui possit, manifestum est quod cives T. qui verbis cum V. contenderunt, rebelles dici de jure nec debeant nec possint.

Quibus consequens est ut pro rebellibus ulla sententia ex hoc facto declarari nequeant. Qui enim crimen non commisit, non debet pronunciari criminosus, per ea quæ tradit Nicol. Euerh.
95 in loco lega. ab Etymologia. At rebellis † nemo est, nisi q rebellis esse sententia judicis declaratus fuerit, prout refert Andr. Gail. lib. 1. observat. pract. 17. numer ultim. cum alias etiam generaliter juris sit
96 expediti, quod † in his quæ ipso jure esse dicuntur, sententia judicis requiratur per text. notab. in c. cum secundum. de heretic. in 6. & in l. ejus qui delatorem. ff. de jure fisci. gloss. in Clem. 1 de vita & honest. Cleric. Bald. in cap. 1. de feudo sine culpa non amittend. & in Authnet. at qui semel Cod. quomod. & quand ju-
97 dex. Quod in tantum procedit, ut † in notoriis etiam sententia declaratoria opus esse tradant Claud. Marmer. in l. naturaliter. §. nihil commune. numer. 64. ff. de acquirend. vel amitt. possess. Hippolit. de Marsil. ad rubric. ff. ad leg Cornel. de fals. numer. 38. & in practic. crimina. §. aggredior numer. 133. Felin. in c. præterea numer. 2. de sponsa. Andr. Gail. de pace pub. lib. 2. cap. 3. numer. 4. & numer. 12. ubi ex Baldo ostendit hoc nomine etiam causæ cognitione opus esse in notoriis, & ex Julio Claro ibi cōmunem esse dicit sententiam, quod de notorio cōstare debeat judici, ut judici ex actis, & quod non sufficiat factum esse notorium, nisi etiam qualitates facti sint notoriæ, ita ut delinquenti nulla possit defensio vel excusatio cōpetere, & in specie, quod etiam contra notorium rebellem requiratur declaratio judicis tradit Andræas de Isern. in c. 1. de feudo sine culpa non amittend. Bald. in ti. de pace Constant. in verb publici latrones. in fine, Lucas de penna in l. 2. C. de deserto. li. 12. quos allegat & sequitur Thom. Grammatic. decis. Neapolit. 15. numer. 7.

SEXTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Ad hanc quæstionem respondendum est negative. Est enim privilegium illud non Senatus sed civitatis T. cujus Senatus quidem ille caput est, sed non tota universitas. Etsi † igitur suo 98
quis juri renunciare possit per supra allegata, non tamen potest renunciare juri alieno. Factum n. cuiq; suum non alteri nocere debet, l. factum, ff de regul. jur. Ac ne princeps quidem ipse alteri sine causa jus suum auferre potest, ut latissime tradūt Anton. Gabriel. lib. 3. commu. conclusion. de jure quæsito non tollendo, per totum. Menoch. lib. 1. de arbitrar. jud. quæst. 48. n. 6. Andr. Gail. lib. 2. obser. pract. 56. & 57. item obser. pract. 142. num. 12. multo minus Senatus civitatis alicujus.

Eo vero minus Senatus potestatem habet privilegii illius remittendi quia omnes ac singuli de Senatu jurato affirmarunt sese civitatis privilegia, quantum ejus fieri posset, custodituros, omneq; ejus commodum pro virili procuraturos.
Juramentum autem † præcise quem obligat ad 99
id quod juravit, Jas. in l. pecuniam n. 23 ff. de condict. ob caus. Gomez. in §. item si postulante n. 7. Instit. de action. Didac. Couvarr. in c. quamvis part. 1. §. 4. nu. 6. de pactis in 6. Brun. conf. 89 n. 4. Rol. à Valle conf. 6. num. 31. vol. 1. & si quis cōtraveniat perjurus efficitur, cujusmodi homicida est deterior, Ripa in c. ex parte. n. 3 de rescript. Baver. in tract de virtute juram. 122. Did. Couvar. d. part. 1. §. 7. n. 1. Et in specie quod juramentum quo singuli de collegio vel corpore iuraverunt servare constitutiones vel statuta singulos ad observationem arctet tenet Joh. Andr. in c. 1. de his quæ fiunt à major. parte capi. Benedict. Capra conclus. 9. n. 38.

SEPTIMÆ ET ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Ex his constat Senatum T. teneri & obligatū esse ad defensionem privilegii civitatis, T. atque adeo eum hoc ipso, quod privilegium illud defendit non esse pro inobediente habendum. Nam alias etiam cum quid illicitum est, necessi-
tas † tamen facit ut licitum fiat per text. in l. aliquando. ff. de offic. præsid. l. est receptum. ff. de juridictio. omn. judic. Phil. Decium in rubric. ff. de appellation. Alciat. lib. 1. de verb signif. in fin. In præsenti autem casu tantum abest ut defensio privilegii sit illicita, ut maxime licita sit, imo Senatus ad eam ex officio suo teneatur, per ea quæ in resolutionibus superiorum quæstionum sunt deducta. 100

Unde sequitur, ut etiamsi Senatum T. in causa hac succumbere contingat, propterea tamen ul-
li pœnæ subjici non possint. Ubi enim † delictum nō est, ibidem nec pœna esse potest aut debet, & puniendus est quilibet in quo deliquit, c. Cum ex liter. de Cleric. Ordin. c. in cunctis. de election. c. an sit deferendum. de appellation. c. quia frustra. de usur. c. ita vos. 25. quæst. 2. c. frater & coëpiscopus. 17. quæstio. 4. c. privilegium. 11. q. 3. l. si pœna. l. crimen. ff. de pœnis. l. sancimus. C. eod. 101

Quin-

Quin imo, si delictum aliquod subesset, ne-
102 cessitas † tamen officii Senatum excusaret *per tex. l.post legatum.§.advocati.ff.de his quib. ut indign.l.similiter.§.1.ff.rer amotar.l.2.ff.qui accus.non poss.l.cum quadam,C.de administr.tutor.Grammat.decis.Neapol.*
103 *36.n.ult.*neq; † ex officio suo quis damnum pati debet *l.si servus communis.§.quod vero, vers.idq; evidetius.ff.de furtis.l.si quado §.sed cum oportet,C.de testib. l.sed etsi quis.ff.quemadmod.testam.aper.Guido Pap.decis.Gratianopol.68.n.6.*

Tantum vero abest ut Senatus T. ob defensionem privilegii civitatis suæ ulli pœnæ quæcunque etiam illa sit subiici possit, ut in casum succumbentiæ ne in expensas quidem adversariis refundendas condemnari possit aut debeat. Præterquam enim quod officium damnosum ipsi esse non debet constat satis ex supra deductis, quod litigandi causam habeat lōge iustissimam.
104 At iuris est certi, quod † qui iustam litigandi causam habuit in expensas condemnandus non sit, *l.qui solidum.§.etiam.ff.de lega.1.gl.& Dd in l.properandum.ff.de iud.cum infinitis aliis quos refert Bernha. Dia.regul.274.incip.expensarum.& Andr.Gail.lib.1. observat.Practic.151.n.3.*

Hermannus Vultejus I.C.respondit mense Ianuario An.Christi 1586.

CONSILIUM XVII.

Quod est

HERMANNI VULTEII J. C. nomine facultatis juridicæ conscriptum.

SUMMARIA.

1 *Conclusio libelli genus actionis instituta arguit.*
2 *Petitioni hereditatis forma.*
3 *Hereditatis petitio datur etiam heredi heredis.*
4 *Heres heredis etiam defuncti heres est.*
5 *Fœminarum & masculorum par est successio.*
6 *Renunciari non potest juri nondum delato.*
7 *Præscribi non potest juri quod non competit.*
8 *Privatio præsupponit habitum.*
9 *Non entis nulla sunt qualitates.*
10 *Hereditas parentum non adita transmittitur in liberos.*
11 *Hereditas non adita in cæteris non transmittitur.*
12 *Confessio omnes probationes superat.*
13 *Ius ex facto sumitur.*
14 *Iura omnia in heredes transeunt.*
15 *Actor non probās intentionē suam excludendus est.*
16 *Argumentum à contrario sensu valet.*
17 *Reus probare debet exceptionem actoris intentionē fundata.*
18 *Præscriptio est facti.*
19 *Facta non præsumuntur.*
20 *Præscriptio non præsumitur.*
21 *Præscriptionem allegans probare debet & n.28.*
22 *Malæ fidei possessor non præscribit.*
23 *Mala fides inducitur ex scientia rei alienæ.*
24 *Scire & non scire, sed scire debere paria sunt.*
25 *Mala fides authoris nocet successori.*
26 *Heres ex sua persona præscriptionē incoare nequit.*
27 *Declaratur* Dyn.in c.possessor.de reg.iur.in 6.
29 *Præscriptio nō currit cōtra pupillū & minorē,n.75.*
30 *Præscriptio est odiosa, quod declaratur.n.74.*
31 *Renunciatio est facti.*
32 *Renunciatio est quædam donatio & dilapidatio.*
33 *Nemo præsumitur jactare suum.*
34 *Error magis præsumitur, quam donatio.*
35 *Probationes leviores sufficiūt in probādo verosimili.*
36 *Renunciatio præsupponit animum & consensum renunciantis.*
37 *Consensus & dissensus verbis & factis declarantur.*
38 *Subsequentia declarant præcedentia.*
39 *Argumentum à verosimili valet.*
40 *Non sequitur hoc esse, quod ab hoc contingit abesse.*
41 *Nihil actum intelligitur, si quid agendum superest.*
42 *Conventio actui dat legem.*
43 *Plura cū requiruntur pro forma, omnia præcise adesse debet.*
44 *Scriptura necessaria est, cum ita convenit, quod declaratur n.*100.*&* 104.
45 *Conditio alteri per alterū iniqua inferri non debet.*
46 *Res inter alios acta tertio non præindicant.*
47 *Mandatum est facti.*
48 *Mandatum non præsumitur.*
49 *Maritus pro uxore sine mādato agere potest.*
50 *Iuramento debet fieri renunciatio, quod declaratur*
51 *Forma nō observata actus null⁹ est.(n.99.&n.116.*
52 *Promissio sub fide non æquiparatur juramento cum juramentum pro forma in actu desideratur.*
53 *Actus nullus pro eo est, qui nunquam fit factus.*
54 *Hereditas augmentum & diminutionem recipit.*
55 *Ignorantia præsumitur in enormi læsione.*
56 *Renunciatio non extenditur ad ignorata.*
57 *Renunciatio non nocet enormissime exinde læso.*
58 *Renunciationes sunt odiosæ.*
59 *Præscriptione jus alterius tollitur.*
60 *Hereditatis petitioni triginta annis præscribitur.*
61 *Præscriptionis requisita.*
62 *Præscriptio annorum triginta sibi ipsi est titulus.*
63 *Interruptio possessionis.*
64 *Præscriptio non interrumpitur per simplicem citationem.*
65 *Interpellatus extrajudicialiter non redditur malæ fidei possessor.*
66 *Bona fides præsumitur.*
67 *Titulus putativus etiam bonam fidem inducit & nu.70.*
68 *Diuturnitas temporis bonam fidē inducit & n. 71.*
69 *Ex primordio tituli posterior formatur eventus.*
72 *Præsumptio præsumptionem tollit.*
73 *Præscribi patiens censetur alienare.*
76 *Exceptionibus pluribus quis uti potest.*
77 *Instrumentum pro se habet præsumptionem.*
78 *Renunciatio præsumitur ex consanguinitate & diuturnitate temporis.*
79 *Solita fieri pro factis habentur.*
80 *Factum quid præsumitur ex causa præcedenti.*
81 *Renunciatio est remissio.*
82 *Rei suæ quilibet est moderator & arbiter.*
83 *Renunciari potest omni juri suo.*
84 *Renunciatio & res judicata inter se conferuntur.*
85 *Ad renunciata non datur regressus.*
86 *Contravenire non licet ei, quod semel approbavit.*
87 *Ad hereditatem renunciatam non datur regressus.*
88 *Renunciatio generalis omnes casus comprehendit.*
89 *Generalia generaliter operari debent.*
90 *Vox Libere removet omnia impedimenta.*
91 *Specialitas omnia includit.*
92 *Fœmina exclusa etiam descendētes ejus exclusi censentur.*

93 Heres

IN causa vertente inter nobiles & validos I. L. & consortes actores ex una, & nobilem atque validum C. H. reum ex altera partib. petitionem hereditatis institutam esse apparet ex conclusio-
1 ne libelli oblati, quæ † in qualitate seu genere actionis investigando ante omnia est attendenda, ut notat Bartol. *in l. si prius. in 5. opposit. 2. par ff. de oper. novi nunciat & in l. certi condictio, in prin. ff si cert. pet.* Ang. *in §. omnium. Instit. de actio. & ibid.* Jas. *nu. 128. & Zas. n. 21 & seq.* Innocen. *in c. super literis, ex. de rescript.* Anto de Butr. *in c. litera, ex. de dila.* Fride. de Sen. *cons. 25.* Castr. *cons. 6.* Tiber. Deciа. *cōs. 130. n. 2. vol. 3.* Bursat. *cons. 234. n. 3. li. 3.* Ceph. *cons. 393. n. 136. li. 3.* Mynf. *resp. 25. n. 2.* Petunt enim actores,
2 ut † declarentur & pronuncientur per matrem suam defunctam heredes A. H. & B. uxoris ipsius, & ut pro parte debita bona hereditaria ipsis restituantur una cum fructibus, quæ forma est instituendæ petitionis hereditati peculiaris, per ea quæ tradunt Bartol. *in l. licet. ff. de petit. heredit & in l. 1. C. quor bonor. Dd. in l. 1. C. de edendo & in l. hereditas, C. de petit. heredit.* Rol. à Val. *cons. 90. num. 4. volum. 2.* Wesembec. *cons. 13. num. 10. & cons. 41. nu. 14. part. 1.* quod etiam qualitates in hac actione requisitæ & in libello deductæ satis arguunt, nimirum ex parte actorum delatæ & aditæ hereditatis, ex parte vero rei possessæ, ut in simili casu respondit Mynsin. *resp. 10. n. 3. & seqq.*

Etsi vero in præsenti causa actores prædicti A. & B. de quorum hereditate agitur, heredes im-
3 mediati non sint, constat tamen † petitionē hereditatis etiam heredi heredis dari, *l. 1. 2. & 3. ff. de*
4 *petit. heredit* quia † heredis heres etiam defuncti heres esse censetur, *l. si heredem C. de petit. heredit. l. fin. C. de hered. institut l. 6 §. fin. ff. de inoffic. testament. l. heredis. ff. de verbor. significat. Bartol. & cæteri in l. paterfamilias. ff. de hered. instituend. Cravet. cons. 298. num. 9. tom. 2. Cephal. cons. 499. num. 13. & seqq. li. 4.* quemadmodum etiam in heredem possessoris datur si & ipse possideat, *l. etiamsi putavit, §. in hered. ff. de pet. hered.* & in terminis respondet Mynf. *resp. 12. n. 5. & 6.*

At actores extra controversiam sunt heredes matris suæ D. cui utpote filiæ hereditatem A. & B. parentum suorum post ipsorum mortem pro quota sua delatam esse manifestū est ex eo, quod D. hereditatem illam adeundo consequi potuit, *per l. delata heredit. ff. de verb. signific. Soc. jun. in l. centurio, n. 134. ff. de vulgar & pupill. bonus text. in l. 2. §. sed etsi quid. ff. de hered. vel acti. vendi.*

Fœmina † namque hodie ex iuris commu- 5
nis dispositione æquo iure succedit simul cum masculis, *l. maximum vicium, cum gloss. & jurib. ibi concord. Cod. de liber. præterit. Authent. de hered. ab intest. venient.* ex quo Doctores vulgaram illam & communem doctrinam collegerunt, Si filia, ergo heres *notat. in l. necessariis. ff. de acquiren. heredit. & in leg. prima, Cod. si minor se ab hered. abstin. cum aliis quæ allegat Tiraquell. in tractat. le mort saisit le vif. part. 7. declar. 2. numer. octavo,* ut necessario sequatur, si verum sit aliquam esse naturalem & legitimam filiam alicuius, quod etiam sit heres, & & quidem heres necessaria per notata Dd. *in supradictis locis* & præsertim *in §. 2. Institut. de heredit. quæ ab intest. deferunt.* ad quod allegatur text. *l. cum ratio. ff. de bonis damnat. l. in suis. ff. de liber. & postum. l scripto herede, ff. unde liberi l. nam etsi parent ff. de inofficios. testament. l. jure succedendi, ff. de dotib. l. 1. C. de impon. lucrat. descript. li. 10.*

Quod ipsum ex utraque illa à reo actioni opposita exceptione renunciationis & præscriptionis etiam satis arguitur, siquidem iuri, quod
nondum † delatum sit, renunciari nequeat *l.* 6
ejus est velle, ff. de regul. jur. l. is qui potest. ff. de acquir. vel amitt. heredit. Castrens. in leg prima, Cod. de pact. Socin. Sen. *cons. 183 colum. 3 volum. 2.* Tib. Decian. *cons. 1. numer. 88. volum. 1.* Cephal. *cons. 146. numer. secundo lib. 1. & cons. 620. in fine, & cons. 764. numer. decimoquarto. libr. quinto,* Bursat. *cons. 347. numer. 44. libr. quarto,* Nicol. Euerhard. *cons. 129. numer. secundo, & cons. 206. in fine,* nec valeat renunciatio, si ante delationem renunciatum sit, *l. si ita scriptum, § sub condit. ff. de legat. 2.* Bald. *in l. 1. colum. 2. versic. sed incidenter quæro, & l. 3. colum. 5. versic. venio ad quæstio. Cod. de pact. Speculat. tit. de fer. §. fin versic. quid si renunci.* Socin. *regu. 418.* Mynsin. *resp. 1. numer. 39.* adeo ut si de iure futuro facta sit, prius effectum non sortiatur, nisi hereditas fuerit delata, ut respondit Ruin. *cons. 204. numer. vigesimooctavo, libr. primo,* Ripa. *respon. 6. numer. tertio, libr. primo,* Cephal. *cons. 34. num. 18. & cons. 42. n. 19. lib. 1.*

Quemadmodum † nec præscribi potest iuri 7
vel actioni, nisi quod competiit illi cui præscriptio objicitur, *per l. 1. §. ne autem C. de annal. præscr. Ital. contr. l. 1. ff. de divers. & temporal. præscript.* Bartol. *in l. cum notissimi, §. sed cum illud. Cod. de præscript. 30. vel 40. annor. & in l. pignori. ff. de usucapion.* Tiber. Decian. *cons. 108. numer. 43. volum. 3.* Cum
alias etiam regulare sit, ut † privatio præsup- 8
ponat habitum qui privari potuerit, *vulgat. l. decem, ff. de verbor. obligation. leg. tertia, §. 1. ff. de capit. diminutio. l. nam etsi, ff. de injust. irrit. rupt.*
testament. cum similibus, & † non entis nullæ 9
sint qualitates *l. ejus qui, §. penultim. ff. si certum petat. gloss. in capitul. Bona memoria, el primo, in ver.*

per

per rerum natur. ex. de elect. c. ad dissolvendum, & ibi gloss. in versic. accusari, ex. de desponsat. impub. Bald. in l. milites, Cod. de testament. Balb. in l. Celsus, not. 5. ff. de usucapion. Cacher. decis. Pedemont. 34. numer. decimotertio, & decis. 39. numer. 11. & 12. cum infinitis aliis.

Sufficit autem actoribus ad fundandam intẽtionem suam matri ipsorum hereditatem controversam delatam fuisse, etsi adita non sit, cum
10 iuris sit certissimi † parentum hereditatem non aditam in liberos transmitti. *l. unica, ubi gl. & Dd. C. de his qui ante apert. tabul. l. 3. C. de jur. delib. l. apud hostes, C. de suis & legitim. Dd. late in l. ventre ff. de acquirend. vel amitt. heredit. plene Duran. de arte testandi, tit. 11. caut. 1. numer. 3. & ultra eum Capra cons. 56. numer. 2 & cons. 67. numer. 1. Socin. jun. cons. 119. lib. 1. Gail. 2. observat. practic. 131. numer. 5. & 6. Mynsin. resp. 97. numer. 20. Tib. Decian. cons. 46 numer. 148. volum. 2.* Wesembec. *cons. 89. num. 2. part. 2.* & communem dicit Corn. *cons. 8. colu. ult. li. 3.* Soc. *cons. 8. col. pen. in fine, li. 4.* Alex. *cons. 20. in pr. vol. 1.* Decius *cons. 150.* Roma. *cons. 58.* Soarez. *in thes. commu. opi. lit. T. nu. 305.*

11 Quod enim dicitur † hereditatem non aditã non transmitti, id de quorumvis aliorum, quam parentum hereditate accipiendum est, prout est text. *in l. quoniam & in l. cum antiquioribus, Codic. de jure deliber. l. unica §. 1 & 2. ubi Dd. C. de Caduc. tollen.* Bartol. & cæteri *in l. qui duos. ff. de vulg. & pupill. substitut. & in l. qui duos. ff. de reb. dub.* adeo ut ne parentes quidem descendentium hereditatem transmittant, ut ostendit Cravet. *cons. 37. numer. 4.* allegans ad hoc Castrensem *cons. 64 circa finem, lib. 1.* Socin. *in dict. leg. qui duos, § cum in bello, not. 1.* Corn. *cons. 1 colum 2. circa finem, lib. 2* quos refert & sequitur Wesembec. *cons. 13. numer. 81.* Quamvis eo ipso etiam, quod reus hereditati controversæ renunciatum esse affirmat, intelligatur esse adita, *arg. l. ad rem mobilem & l. ad legatum ff. de procur. facit l. avia. C. de jure deliber.* quos textus ad hoc adducit & ponderat Rol. à Val. *cons. 11. n. 25. li. 1.*

Quod autem ad possessionem hereditatis cõtroversæ attinet de eadem dubium amplius non est ex confessione rei ad artic. positionalem sextum, & hinc inde ex actis: quæ confessio † est lo-
12 co probationis sufficientis & indubitata, *Bald. in c. 1. §. Sacramentum num. 15. de consuet. recti feudi, & in rubr. C. de probat. num 5. & ibid. Castr. n. 4. Ias. in l. cum te. n. 8 & seq. C. de transact. Canon. in rubr. ex. de prob. ubi inprimis Panor. n. 3. & Fel. n. 6. & in c. at si Cleric. in princ. ex. de judic. Corn. cons. 261. n. 5 volum. 4.* omniumque aliarum probationũ fortior est ac potentior. *l. fin. C. de fideicom. l. generaliter. §. etsi quidẽ C. de reb. cred. l. generaliter. C. de non num. pecun. Ias. in l. Titia, n. 39. ff de verb. obligat. & in l. licet impuberes, numer 10 ff. de legat. 1. Grammat. decis. 36. numer 66. Socin. jun. cons. 39. numer. 8. lib. 2. Roland. à Valle consil. 6. n. 26. lib. 1. & cons 54. n. 18. li. 3. Tib. Decia. cons. 44. numer. 74. volum. 3. Bursat. consi. 324. numer. 11. lib. 3.* & maior, *l. perinde. ff. ad leg. Aquil. l. si confessus. ff. de custod. reor. l. qui sententia. Cod. de pœn. l. 1. ff de confess. l. 2. Cod. quor. appellat. non recip. Bursat. cons. 449 numer. 1. libr. 4.* & maior quovis instrumento, *Cravet. consi. 61. nu. 3. & consi. 171 numer. 4. tom. 1. Roland. à Valle consi. 71. numer. 41. volum. 2. Tib. Decian. consi. 33. numer. 58. volum. 1. Ioseph. Ludov. decis. Luc. 5. numer 50.* maxime si in iudicio sit emissa, *Bursat. cons. 419. num. 1. & seq. volum. 4. per l. fin. in fine ff. de interrog. action. l. cum te, C. de transact. l. generaliter, in fin. C. de non num. pecun. Ceph. cons. 393. nu. 75. lib. 3. & cons. 678. n. 41. lib. 5.*

Cum igitur actores sint in linea descendenti eorum, de quorum hereditate agitur, hereditas autem delata sit ipsorum matri, de quo utrinque inter controvertentes constat, atq; sit etiam ab ipsorum matre adita, aut ut maxime adita nõ fuerit, adeundi tamen & petendi eã potestatem habuerit, habent utiq; ipsi, ut matris suæ heredes, si non jure proprio, at saltem ex persona matris jure transmissionis adversus reum hereditatẽ controversam possidentem intentionem suam in facto, ac proinde in jure etiam, quod † ex facto su- 13
mitur *vulg. l. si ex plagis, §. in clivo, ff. ad leg. Aqu. l. obligamur. ff. de oblig. & actio. l. eum quem, §. 1. ff. de judic.* fundatam & probatam.

Omnia enim † jura atq; adeo actiones etiam 14
defuncto competentes in heredem ejus transeunt, qui loco ipsius admitti debet *per c. is qui in jus. de reg. jur. in 6. l. heredem. ff. eod. Tiraq. in tract. de jure primogen. q. 40. n. 45 & 46. Ceph. cons. 650. n. 4 & cons. 775. n. 13. lib. 5.* non tantum ceptæ, sed etiam non ceptæ, *l. unica. C. ut action. ab hered.* cum heres & defunctus censeantur una & eadem esse persona *§ 1. Auth. de jureju à mor. præst. Dec cons. 281. n. 5. Bursat. cons. 412. n. 18. lib. 4 Ceph. cons. 100. n. 5. lib. 1.* & in specie, quod heres alicujus intentionem in hereditate delata & adita ab antecessore fundatam habeat, respondit Ceph. *671. n. 8. lib. 5.*

Quare † si quando actor intentionem suam 15
non probat excludendus est, *c. dilectos, ex. de fide instrument. c. unico, ex. ut Eccles. benef. c. fin. ex. de jureju. l. qui accusare C. de edendo. §. commodum, Instit. de interdi.* sic contra, ubi eam probat obtinere debet, ut in dictis juribus à contrario sensu, quod † ar- 16
gumentum est licitum, *l. 1 §. hujus studij ff. de justit. & jure l. cum lex. ff. de legib. l. qui testamento, §. mulier. ff. qui testam. fac. poss.* eoq; in simili utitur Cephal. *cons. 545. n. 2.* atq; adeo secundum actores prõ ũciandũ, atq; reus secundũ petita condemnandus videbatur.

Et quamvis à reo duæ potissimum exceptiones nimirum præscriptionis & renũciationis sint appositæ, illæ tamen non videntur obstare quo minus hoc fieri debeat. Vulgatum n. est † ut acto- 17
ris intentione fundata, si reus eam elidere velit ipse probare teneatur id quod excipiendo suæ intentionis fundamentum est, *l. in exceptionib. ff. de exception. l. sive possidetis. C. eod. l. etiam, ff. de donation. int. vir. & uxor. l. penultim. §. docere. ff. ne quis eum. Angel. in l. actor. C. de probation. Bartol. & Dd. communiter in l. in illa stipulatione. ff. de verb. obl. Ceph. cons. 301. n. 54. li. 3.* & quidem in forma sua specifica, ut cõcludat effectum exceptionis, *Ange. cons. 61. colu. 2. vers. Secundò est advertendum li. 2. Dec. cons. 534. col. 3. Cravet. cons. 218. n. ult. tom. 2.*

At vero neutra antedictarum exceptionum probata esse videtur. Quod enim ad exceptionẽ præscriptionis attinet, quod † ea sit facti, testan- 18
tur Bursat. *cons. 66. n. 9. li. 1.* Rol. à Valle *cons. 51. nu. 18 vol. 2.* Joseph. Ludov. *dec. Lucens. 31. n. 15.* † facta 19
autem nõ præsumuntur *per tex. in l. in bello. § facta. ff. de captiv. & postlimin. reversi. l. deniq. ff. ex quib. caus. major.*

major.l.si emancipati.C.de collatio.l 2.C.de donat. int. vir.& uxor.c.cum in jure,ex.de offic.deleg. c. 1. *de constitut.in* 6.*Corn.consf.*281.*colum.*9.*versic.nec obstat, li.* 2.*Cepha.cons.*53.*numer,*34.*& cons.*130.*num.*7.*lib.*1. Roland.à Vall.*consilit.*26.*num.*14.*volum.* 3. Meno. *cons* 11.*num.*301.*lib.* 1.*Bursat.cons.*36.*num.*12. *lib.* 1. Cacher.*decis.Pedem.*108.*n.*9.*Ioseph.Ludov.decis. Perus.*26.*n.*26.*Mascard.de probat.vol.*2.*conclus.*732.*n.*1.

20 & in specie,de præscriptione,† quod non præsumatur tradunt Corn.*cons.*236.*col.fin.vol.*2.Bal.*cons.* 450.*volum.*4.Abbas *cons.*82.*colum.* 3. *libr.* 1. Paris. *cons.*27.*numer.*89.*volum.*1.Alexand.*cons.* 118. *num.* 12.*volum.* 2.

21 Ex quo traditum est,ut † qui præscriptionem allegat eam probare necesse habeat, *Barto. in l.genero,colum.*2.*ff.de his qui notant.infam.Paris cons.*27. *n.* 89.*vol.*1.Bal.*cons.*450.*Cravet.cons.*29.*n. ultim.& cons.*132.*n.*11.*li.*1.*& cons.*201.*nu.*29.*lib.*2.*Mascard. de probat.concl.*1212.*n.*1.*vol.*3.Rol.à Val.*cons.*53.*n.*19. *& cons.*89.*n.*30.*vol.*2.idq; cum necessariis suis requisitis,cumprimis vero,quod allegans præscri-

22 ptionem bona fide possederit,quippe quod † is qui in mala fide est,ullo tẽpore præscribere nequeat,*c.fin.ex.de præscriptiõ.c.possessor,de reg jur.in* 6. *gl.in c.*1.*de præscriptio.in* 6.*Ang.in §.furtiva, Instit. de usucapio. Abbas cons.*19.*lib.*2.*Socin jun. cons.* 63. *num.* 15.*lib.*2.*Gozad.cons.*56.*num.*13.*Paris.cons.*27.*nu* 115. *& seq.lib.*1.*Cravet.cons.*146.*per totum.Paris.cons.* 42. *n.* 41.*vol.* 1.*Franc.Balb.qui pluries dicit eam communẽ esse in tractat.de præscription.*2.*part.*3.*part. princ. q.* 13. quod certũ esse dicit Fichar.*cõs.*13.*n.*17.*volu.* 2. & Men.*cõs.*231.*n.*40.*lib.*3.Bur.*cõs.*66.*n.*8.*li.* 1.ubi dicit ꝙ præscriptio cũ mala fide nõ procedat etiãsi id lege vel statuto expresse caveretur, vide omnino Decia.*cons.* 108.*n.*41.*vol.* 3.

Etiamsi lapsum esset tempus,cuius initij memoria non existat in contrarium,ut tenent gl.& Dd.*in c.*1.*de præscript.in* 6.Abb.*in c.fin.de constit. Ripa,in c. cũ in Ecclesia Sutrina,n.* 99.*de causa possess.& proprie.*Rub.*cõs.*13.*n.*14.Jo.And.&alii *in c.si diligẽti,ex.de præscript.*Phil.Franc.*in c.*1.*col.ult.de præscri. in* 6.Calc.*cons.*6.*n.* 9.Paris.*cons.*29.*n.*24.*&* 112.*n.* 32.*& seq.lib.*1.Crav.*cons.*146.*nu.* 2. *tom.*1. & hanc veram esse dicit Balbus *d.part.*3.*q.*6.*n.*20.*vers. sed contrarium.*Zas.*cons.*16.*n.*51.*vol.*2.ubi dicit cessare præscriptionem etiamsi per mille millia annorum durasset,quem refert & sequitur,Fichar. *cons.*148.*n.*18.*vol.* 2.

Adeo ut ne in statutaria quidem præscriptione mala fides locum habeat, Alex.*cons.*115.*& cõs.* 105. *n.* 27. *vol.*7.*Corn.cons.*264.*volum.*1.*Rimi.jun. cons.*37.*n.*68.*lib.*1.Rol.à Vall.*cons.*6.*nu.* 41.*& seq. vol.*3.*Paris.cons.*87.*n.*13.*&* 14.*vol.*1.*Ceph. cons.* 316. *n.*6.*lib.*3.Balb.*d part.*3.*q.* 10.*&* 14. & communẽ esse dicit Villalob.*in thess.comm.opin.lit.p. n.* 204. Soarez *ibid.n.*100.*&* Vivius *li.*1.*opin.*276.in fine, & communiorem asserit Burs.*cons.*217.*nu.*1.*li.*2.

Quod etsi ex jure Canonum procedat, ei tamen standum est,cum in eo de materia peccati agatur,tradunt gl.Joan.Andr.&alii *in d.c.fin.& in d.c.possessor.*Hostiens.*in summa.de præscript. rer. immobil.§.verum,col.*1.*&* 2.Bald. & Angel. *in l. super longi,C.de præscript.longi tempor.*Paris.*cons.*92.*n.*30. *vol.*3.idque non tantum in foro Ecclesiastico,sed etiam seculari,ut responderũt Paris.*cons.*112 *n.*32. *lib.*1.*& cons.*13.*n.*51.*lib.*2.*& cons.*66.*n.*98.*li.*3. Rol. à Val.*cons.*6.*n.*42.*vol.*3.Myns.*resp.*41.*n.*11. *& seqq.* Modest.Pistor.*cons.*27.*n.*59.*vol.*1. Benintend. *decis.Bonon.*9.*num.*3.Ferrat.*Caut.*38.post Dd. *in d. c. fina.*Ceph.*cons.*724.*n.*43.*lib.*5.ubi dicit *l.omnes & l.sic ut,C.de præscr.*30.*vel* 40.*ann.*correctas esse,atque omnes ita scribere *in c fin.de præscript.*respondit Menoch. *Consi.* 201.*nu.*108.*lib.*3.

Etsi secundum eam sententiam sæpius in Camera Imperiali iudicatum esse referũt & attestãtur Mynsing.*Cent.*4.*observ.*6.Gail.2.*observ. practic.* 18 *num.* 7.ideoq; illi in iudicio standum respondit Mynsing.*resp.*11.*n.* 24.

Ceterum patrem rei portionem hereditariã matri actorum debitam,iam inde ab initio mala fide possedisse,ex eo abũde colligi videtur,quod scivit † aut certe scire debuit portionem illam ad 23
se non pertinere.Scientia enim rei alienæ malã fidem inducit,*c.si virgo,*34.*q.*2.*l.fina.ubi Bart.& cæteri,C.unde vi.Barto.in l.illud,ff.de petit.heredit.*Bald. *cons.*13.*circa finem,li.*1.*Paris.cons.*49.*n.*30.*volum.*2. *Cravet.cons.*116.*numer.*6.*lib.*1.Cephal.*cons.*161. *numer.*31.*lib.*2.*& cons.*724.*n.*40.*& seq. lib.*5. *Mascar. de probation.volum.*2.*conclus.*1002.*nu.*36.Et † quod 24
tam in culpa sit,qui scire debuit, quam qui scit probatur *ex l.quod te,& ibi gloss.ff.si cert.petat.ubi etiam* Bartol.Bald.Angel.Salicet.*& fere omnes,& ex l.sed non,ff.de acquir.vel amit.hered.*ubi Angelus ait, paria esse scire & scire posse,*per l.Titius,in princ. ff. de fidejussor.l.Iulianus.ff.ad Senatusc. Macedon. l. quisquis,ubi gloss.ultim.C.de rescind.vendit.l.idem,§.*1.*ff.ad leg.Aqui.l.qui fundum,§.servus.ubi Dyn.ff.pro emptore, l. qui cum alio, ff. de regu jur.*ubi glossa affirmat parẽ culpã esse scire,& scire debere,cum infinitis aliis, quæ allegat Wesem.*cons.*8.*n.*36.*parte* 1.

Eademque mala fides ex prætensa renunciatione argui videtur, siquidem nisi patri rei conventi constitisset quod portio ex hereditate Bosonis deberetur,utique hoc non egisset, ut mater actorum ipsi renunciaret,per regulam suprà positam,qua privatio dicitur præsupponere habitum.

Quæ mala fides in præscibendo non tam rei patri,si supervixisset nunc obstaret,quam ipsi etiam reo,qui in locum patris concessit, obstare videtur,eo quod iure proditum sit,malam † fidẽ 25
autoris nocere successori,*text.est in l.si ego, §. partus,ff.de public.in rem action.l.sequitur,§.heres ff. de usucapion.l.tutor rerum.ff.de administrat.tutor, & ibid. gl. l.cum heres,ff.de divers.& tempor.præscription.*Cephal.*cons.*315.*num.*19.*lib.*3.atque omnes ita sentire dicit Decian.*cons.*24.*num.*22.*volum.* 1. & communem esse testatur idem Decia.*cons.*2.*nu.* 197. *vol.*1.Rol.à Valle *cons.*6.*num.*47.*vol.*3. in tantum autem mala fides authoris nocet successori sive heredi,ut † heres etiamsi ex persona sua præscri- 26
ptionem incoare velit tamen præscribere non possit,*Dec.in c.Eccles.S.Maria,colum.* 12. *in fine, nu.* 30.*ex.de constitution.*Alexand.*cons.*84.*colum.*2.*vol.* 1.*& cons.*4.*colum.penultim.vol.*2.*& cons.*63.*col.*3.*n.* 10.*& cons.*89.*col.*3.*volu.*4.*Calca.cons.*26.*col.fin.Capra cons.*40.*Iason cons.*303.*col.*2.*vers.nec obstat. Cur. jun.cons.*177.*col.fina.& cons.*181 *colum.fina.*Gozad. *cons.*1.*col.*8.*circa finem.Rube.cons.* 13.*colum.*4.*in fine, Paris.cons.*29.*n.*24.*lib.*1.*Cravet.cons.*146.*li.*1.quam communem dicit Bal.*part.pr.*3.*par.*2 *q.*12.*nu.*12. *& Tiraq.de retract.consang.§.*35 *gl.*4.*n.*35.Menoch.

*d.conſ.231.n.41.*Decia.*conſ.*108.*num.* 42. *volum.*3.

27 Et licet † Dynus *in d.c.poſſeſſor,* dicat, ſi heres à ſe incipere velit præſcriptionem,& ipſe bonam fidem habeat, poſſe eiuſmodi præſcriptionem de æquitate Canonica ſuſtineri ac defendi, etſi defunctus in mala fide fuerit, tamen in contrarium eſſe communē opinionem pluribus confirmant Decian.*conſ.2.n.*197.*& ſeq.vol.* 1. Meno.*conſ.* 231. *n.*42.*li.*3. Modeſt.Piſtor.*conſ.*27.*n.*58.*vol.*1. eamq́; veriorem & æquiorem cenſet Alex.*in l.Pompon°* *§ cū quis n.*20.*verſ.ſed Imola & Abbas.ff.de acqui.poſſeſ.& ibid* Iaſ. dicit eam magis communem eſſe. Idem teſtatur Felin.*in d.c.ſi diligenti col.*4.*verſ.contra opinionem famoſam,* addens paucos ab ea opinione recedere,& ideo ab hac opinione in cōſulendo & iudicando non eſſe recedendum docet Balb.*d part.*3.*q.*12.*n.* 12 atq; in terris Imperii obſervari aſſerit & approbat, Panor.*in d.c.ſi diligēti.* Sed ut pater rei, atq; ipſe etiam reus ab initio bona fide poſſederit, ante lapſum tamen legitimi temporis mala fides, ex eo quod de reſtituenda quota hereditatis interpellatus eſt, ſuperveniſſe videtur, per notat.in gl.*in l.ſed ſi lege, §.ſi ante.verſ.controverſiam,& ibid Dd.ff de petit.hered.* Bar. *in l fin.in princ.ff.de eo per quem factum erit.* Mala autem fide ſuperveniente præſcriptionem interrumpi eſt gl.*in d c.ſi.ex de praſcript.& in d c.poſſeſſor. Bart.in l.naturaliter.col* 2.*verſ.quæro utrum ſuperveniens defectus.ff.de uſucap* Bald.& Ang.*in d.l.ſuper lōgi.* faciunt notata per Felin.*in c.illud,n.*3.*ex.de praſcriptio.*& Balb.*in tract.de praſcript ſub rubr.de praſcr. rer.mobil.verſ quib.modu interrump.n.*50

28 Hinc eſt quod tradunt Doctores, quod † is qui præſcriptionem allegat probare debeat eam ante litis conteſtationem completā eſſe, ita voluit Bart.*in l.ſi poſt.ff.de rei vindic.& in l.Celſus,col.fin.ff. de uſucapion.* Corn.*conſ.*136.*col.fin.& conſ.*247.*colu.* 11.*verſ.Debet tamen ad fraudandum, & col.penultim. verſ nec probationes contraria lib.*2. Crav.*conſ.*201.*n.* 33. *tom.*1.*& conſ.*496.*n.*20 *tom.*3.

Tanto vero minus in propoſita facti ſpecie præſcriptio attendēda eſſe videtur, quod ut maxime à tempore mortis eius de cuius hereditate agitur 30.vel 40. anni lapſi eſſent, anni tamen actorum quibus in minori ætate conſtituti fuerūt in annos illos non videantur computandi eſſe, quod ſi hic fiat, ad legitimum tempus hæc præ-

29 ſcriptio non exſurget. Contra † pupillum enim & minorem non currit præſcriptio, ut eſt text.*in l.ſicut.verſ.non ſexus,C.de praſcript.*30.*vel* 40. *annor. Bart.in l.fina.n.*11. *C.in quib.cauſ.reſtitut.in integr. nō eſt neceſſ.* Bal.*in c.*1.*§ porro, qualit.olim feud.pot. alien.* Caſtr.*conſ.*440.*col.*3.*verſ.tertio objicitur,li.* 2. Hier. Gabr.*conſ.*163.*n.*12. Guido Pap.*q.*31 *n.*2. atq; indiſtincte in minori ætate conſtituto præſcriptionē non currere tradit Alex.*conſ.*31.*vol.*5. per tex. *in l. non eſt ignotum,C.quib non objicit.long.temp.praſcrip.* atq; eiuſmodi ætatis detractione in terminis petitionis hereditatis & illi objectæ præſcriptionis utitur Mynſing.*reſp.*33 *n.*11. præſertim ſi ex præſcriptione in ſucceſſione is, contra quem præſcriptio allegatur, enormiter læditur, per ea quæ tradit Ruin.*conſ.*170.*n.*34 *& ſeq lib.*1. quē refert Ceph.*cōſ.*445.*n.*44.*li* 3. cū præſcriptio excludi potius dicatur, quā ut per eā quis decipiatur, argu. tex.*in l.*1.*§.magiſtrum ff de exercit.act.* quo argumēto utitur Decia.*conſ.*13 *n.*39.*vol.*2.

Atq; alias etiam † in dubio cōtra præſcriptionem potius quam pro illa facienda eſt interpretatio, *Cravet.d.conſ.*201.*n.*37.*& cōſ.*29.*n.* 9. cū ipſa ſit rigoroſa & præſidium iniquum, ut eſt text.*in §. habeat,Auth.ut Eccleſ.Rom.* Bar.*in l.labeo, col.* 1. *circa med.ff.de ſupellect.leg.* Ang.*in l.ſequitur,§.ſi viā, ff. de uſucap.* Marſ.*ſing.*370. Alc.*in rubr.ex.de praſcrip.n.*6. Paris.*conſ.*101.*n.*78.*li.*1 Crav.*conſ.*201.*n.*37. Ale. *conſ.*77.*col.*1.*vol.*6. Menoc.*d.conſ.*201.*n.* 110. Curt. jun.*conſ.*60.*n.* 18. Rol.à Val.*conſ.*21.*n.*38.*volu.*2.*& conſ.*68.*n.*11.*vol.*3.& contra naturalem æquitatem introductum, ut eſt, gl.*in l.*1, quam ibi valde cōmendat Ang.*ff.de negot geſt.* Ceph.*conſ.*700.*n.* 42. *vol* 5. quia qui ſe fundat ex tempore, dicitur inniti circumventioni temporis, *§.volumus,Auth.de iis qui ingred.ad appell.* notant omnes *in c* 1.*in prin.quo tempore miles.* Bal.*conſ.*184.*colu.* 1.*in fin,lib.*5 Abbas, *conſ.*71.*col.*1.*lib.*2 Iaſ.*conſ.*159.*col.*3.*volu.* 2. Afflict. *deciſ.Neap.*265.*n.*91. Fichard.*Conſ.*42.*n.* 7. *volu.* 2. unde eſt ut in dubio præſcriptionem non obſtare iudicandū ſit Crav.*cōſ* 425.*n.*7 *p.*3.*& cōſ.*498. *n.*15. Ceph.*conſ.*403.*n.*23.*li.*3. 30

Porro neq; altera exceptio rei conventi, nimirum exceptio renunciationis in hac cauſa attendenda eſſe videtur, Principio enim illa in facto negatur & cum † ſit facti, Ceph.*conſ.*605.*nu.* 2.*lib.*4 *Mynſing.reſp.*43.*n.* 38 non præſumitur, niſi probetur, eſt text apertus, *in c.ſuper hoc,ex.de renūciat,*& not.Bald.*in l.* 1 *not.ult.C. de edict. D. Adr.tollendo,* Decia.*conſ.*100.*n.* 24. *volu.*3. Ceph. *conſ* 25. *nu.*49.*li.*1.*& conſ.*547.*nu* 39.*lib.*4 *Gravet cōſ.* 200. *n.*10.*tom.*1. Weſemb.*conſ.*11.*n.*34.*p.*1.& quidem evidenter,& per probationes arctiores, ut ſcribit Ceph.*conſ.*84.*in fine,lib.*1. adeo ut ex actu aliquo etiam proximo non inducatur, niſi de ea expreſſe agatur, *c.ſane,& ibid.gl.in verb ſuſtincre in fin. ex.de renunciat.*& quādo alia conjectura ſumi poteſt illa potius quam renunciationis ſumēda ſit, *Ceph.conſ.*25.*n* 50.*li.*1.*& conſ* 434.*n.*5.*li.*3. 31

Renunciatio † enim eſt quædam donatio & dilapidatio, *l.contra,§ ſi ſilius,ff.de pact.Bart.in l.ſi quis delegaverit ff.de donat.* Tiraq *in l.ſi unquam, verb. donatione largitus n.*173.*& ſeq.C.de revoc. donat.& in eadem lege Ripa.quaſt.*11.*num.*20. *Dec.conſ.*419.*num.* 9.*& conſ.*495 *num.*19.*& ſeq.Decian.conſ.* 43.*nu.*32. *volum.*3.*Rol.à Valle conſi.*11.*n.*17.*vol.*1. *Weſem.conſ.* 42.*nu* 55 *p.*1.& qui renunciat alienare videtur, *l. fuit quaſtionis,ff.de a.quir.vel amit.hered,cum aliis adductis à Ruino conſ.*205.*n.*5.*li.*1. 32

Nemo † autem ſuum iactare præſumitur, *vul. l.cum de indebito ff.de condict indeb.*& in dubio † præſumendus eſt magis error, quam donatio, Bal, *& Ang.in l.generaliter,C.de non numer.pecun,Bald.conſ.* 189.*in fine,lib.*2. *Alexand.conſi.*13.*columm.*2.*volum.*1. *Dec.conſi.*350.*colum.*3.*Cravet.conſ.*76.*num.* 14.*& conſ.* 142.*num.* 26.*& conſ.*149.*num.*9 *tom.* 1. *Decia. conſil.*29.*num.*75.*vol.*2. præſertim in muliere Alc. *de praſumpt,reg.*3.*praſumpt.*21.*num.* 4. quæ natura eſt avara, *Meno.h.de praſumpt lib.*3.*praſumpt.* 6. *nu.* 57. *& latiſſime Roicius deciſ. Lithuan,tertia,nu.* 538. 33 34

Quam ob cauſam ſicut † quando agitur de probādo aliquid, quod vero ſimile eſt, leviores probationes ſufficiunt, ut tradunt omnes *in c.quia veroſimile,ex.de praſumpt.* cū aliis adductis à Dec. *conſ.* 596.*n.*7.*& ſeq.& cōſ.*510.*n.*1.*&* 2. ita in caſu ꝓpoſito ad perſuadēdā vel ꝓbandā renūciationē clariores & 35

res & fortiores probationes requiruntur, notat Abb. *in d. c. quia verosimile, notab. 2.* Speculat. *in ti. de proba. §. fin. col. fin.* Bal. *in l. transactionem, C. de trāsact.* Alex. *conf. 109. in fin. vol 3.*

Nec videtur instrumentum renunciationis ex parte rei pductū tāti momenti esse, ut ea exinde satis appareat probata. Non enim probatū est à reo, quod in renunciationē illam & instrumentum desuper cōfectum mater actorum, quę renunciasse dicitur, consenserit, quod omnino
36 necesse fuerat, siquidem † renunciatio præsupponit animum & consensum renūciantis, *l. quaritur. § si venditor. ff. de adil edict. l. si quis jusjurandum. ff. de jurej. c. quam periculosum, 7. q. 1.* qui facti est, *l. consilio. ff. de curat. furios.* Dd. *in l. 1. ff. de verb. oblig.* nec præsumitur consensus ille intervenisse, nisi de eo appareat, & quod mater sciverit tractari de præjudicio suo, *Fel. in d. c. illud n. 6. & seq. Cast. conf. 202. n. 3. lib. 1. Rui. conf. 26. nu. 3. & conf. 217. n. 3. li. 1. Goz. conf. 72. nu. 22. Dec. conf. 400. num. 6. Soc. jun. conf. 56. n. 24. lib. 2.*

Quin potius quod mater actorum in prætensam renunciationem non cōsenserit, apparet ex contradictione ipsius post quadriennium à tem-
37 pore renunciationis facta. Ut enim † consensus, ita etiam dissensus & verbis & factis declarari potest, *l. Paulus. ff. rem rat. haber. Bald. in l. 2. § fin. ff. solu. matrim. & in l. potuit. C. de jure deliber. Bart. in l. pater, § cum liberis. ff. de legat. 2. Soc. conf. 125. numer. 1. libr. 1.*
38 *Mascard. de probatio. volum. 1. conclus. 520.* & † quis in præcedētibus fuerit animus declaratur ex subsequentibus, *l. Iulianus, § proinde. ff. ad Senatusc. Mace. § Pavonum, Institut. de rer. divis. Alciat. in tractat. de præsumpt. regul. 2. præsumpt. 26. numer. 8. Dec. in l. petens, numer. 11. Cod. de pactis, & conf. 245. colum. tertia, in fine, & conf. 653. numer. 3. Cravet. conf. 149. num. 4. tom. 1.*

Et quod mater actorum in renunciationem nunquam consenserit, atq; adeo etiam non renunciaverit verosimilius fit ex eo, quod Abbas F. sigillo suo eam roborare debuit, quod tamen factū non fuit, verosimiliter ex causa ea quod de sigillatione à matre actorum eo quod non voluit consentire, requisitus non fuit: cujusmodi
39 argumētum † à verosimili in probationibus maxime attendendum placuit, ad quod est textus *in l. confessionibus ff. de interrogat.* Bal. *in l. scriptura num. 3. C. de fide instrument. & ad rubr. C. de probat. num. 1.* Cur. jun. *conf. 202. n. 13. & cōf. 245. n. 16. vol. 3.* Ceph. *conf. 287. n. 24. lib. 2.* Nicol. Eneth. *in loco à verosimili per discursum.*

Sane esse potest tractatū fuisse, ut mater actorum accepta dote renunciaret: sed ei non est cōsequens renunciationem prout convenerat, fa-
40 ctam fuisse, quia † non sequitur hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *vulg. l. neq; natales, Cod. de probat.* & multa sæpe tractantur quæ non perficiuntur, aut ad conclusionem veniūt, *Bal. in l. multum num. 26. C. si quis alteri vel sibi l. sciendum, § dictū, ff. de adilit. edicto, l. si ex causa. § nunc videndum ff. de minor. c. dudum, ex. de reb. Eccles. non alien. Alexand. consi. 23. n. 17. & conf. 18. num. 2. vol. 1.* ideoq; conclusionem attendendam esse, quicquid ante dictum fuisset, monet Bald. *in l. si voluntate tua, C. de rescind. vend. & ibidem* Dd. cæteri. Innocen. *in c. super literis, ex. de rescript.* Canon. *in c. ex parte ex. de foro compe.*

Neque videtur debuisse tractatum illum perfici, quia sit contra expressum textum iuris civilis *in l. pactum dotali, C. de collation.* ubi Imperator ait, pactum dotali instrumento comprehensum, ut contēta dote, q̄ in matrimonio collocatur nullū ad bona paterna regressum habeat, iuris autoritate improbatur. Hæc ille. Unde si maxime perfectus fuisset, ex eo tamen pro infecto habendus esset, *c. qua contra jus. de regul jur. in 6. l. non dubium, C. de legib.*

Ut vero quidquam actum sit, & actus iure fieri potuerit, nihil † tamen actum esse intelligitur, 41
quoties ad agendum aliquid superest, *l. cum Silanianum, C. de his quib. ut indig gloss. in c. 1. de Sacram. bapt. non iterand.* nec quid perfectum quod non constet omnibus suis partibus, *per l. 1. ff. de orig jur. c. majores, § sed adhuc quæritur, ex. de baptis. gloss. in l. contractus, verb. perficere. C. de fide instrument.* faciunt notata per Felin. *in c. veniens, colum. 2. ex. de accusatio.* Cephal. *conf. 773. num. 73. li. 5.* & imperfectum in iure pro nullo habetur, *argu. § ex eo autem solo, Instit. quib. mod. testa. infir. Zas. in l. si ita stipulatus sim, § 1. n. 4. ff. de verb. oblig.*

Actus enim † ex conventione partium legem 42
accipit *l. 1. § si convenerit, ff. depos. l. ita quis, § ea lege. ff. de verb. oblig.* quemadmodum in casu proposito lex renunciationi interponendæ fuit addita, nimirum ut in scripturam redigeretur & ab Abbate confirmaretur, quod utrunq; specifice implēdum fuerat. Nam † pluribus requisitis in actu ex- 43
pediendo pro forma, uno etiam modico omisso actus totus corruit, per gloss. *in l. cum hi, § prætor ff. de transactio.* Oldrad. *conf. 261. in princip.* atque si qualitates plures ponantur copulative concursus omnium requiritur, *Socin. in l. falsas. § si. num. 2. ff. de condition. & demonstrat. Corn. conf. 105. volu. 2. Duen. reg. 165. n. 1.*

In specie autem † si convenerit, ut id de quo a- 44
ctum est, in scripturam redigatur, quod contractus perfectus non sit, nisi scriptura facta & quod tractatus potius sit text. est, *in § 1. Instit. de emptione & vendi. & in d. l. contractus l. Titia, § idem respondit, ff. de verb. oblig. l. si servus plurium, § fin. ff. de legat. 1. l. item quia, § idem Juliano, ff. de pactis cum simil.*

Neq; videtur actoribus obstare sigillatio patris ipsorum, propter regulam qua dicitur, quod alteri † per alterum conditio iniqua inferri non 45
debeat, *tex. in l. nō debet. ff. de reg. jur. l. iniquissimum. ff. de jur. & facti ignorant. Dec. conf. 437. n. 1.* & quod factum cuiq; suum, non alteri nocere debeat, *tex. in l. factum cuiq;. ff. de reg. jur. & in l. 1. ff. de alienat. judic. mutandi caus. fact.* & † res inter alios acta, tertio 46
præjudicare non debeat. *t. t. c. res inter alios acta, l. fin. ff. de re jud. l. si cui. § ijdem, ff. de accusat. c. cum super c. præterea, ex. de re jud. c. inter dilectos, ex. de fide instrumen.* Alexand. *in l. sæpe, ff. de re judic.* Cacheran. *decis. Pedæmont. 38. num. 3. Ancharan. quæst. aurear. li. 1. q. 35. nu. 3.*

Et in dubio non præsumitur, quod uxor consenserit, nisi probetur ut fere in terminis respōdit Ludov. Fachsius *conf. 7. q. 5. n. 51. vol. 2. inter consilia Modest. Pistor.*

Neq; ēt præsumitur, q maritus sive actorū pater sigillādi mādatum habuerit, qa † mandatum, 47
utpote quod facti sit Ceph. *cōf. 652. n. 22. li. 5. Burs. conf. 360. n. 93. li. 4.* non † pñmitur, *Bal. in c. 1. ex. de* 48
reb.

reb.Ecclеſ.non alienand. quem textum ad hoc addu-
cit Rebuf *in tract.nomination.quæſt.*13.*nu.* 118. Ce-
phal.*conſ.*311.*n.*74.*lib.*3. Tiber. Decia.*conſ* 121.*nu.*
11.*vol.*3. & multis confirmat Maſcard.*de proba.vol.*
2.*concluſ.* 1006. adeo ut mille etiam annis non
præſumatur, ut magis communem eſſe teſtatur
Burſat.*conſ.*24.*n.*20.*lib.*1. in ſpecie autem, quod
maritus uxori ſine mandato præiudicare neque-
at oſtendit *rubr.& tot.tit.C.ne uxor pro marito.* ubi
gl.*in l.*2. plura accumulat, idemq́; probatur *in l.
contractus,C.de locat.* atque ita reſpondit Cephal.
*conſ.*286.*num.*3.*lib.*2. & Ludov. Fachſius *d. conſ.*7.
*q.*5.*per totam.*

49 Nam † etſi maritus agere poſſit ſine mandato
per l.maritus,C.de procurator, id tamen procedit in
iudiciis, ut ibi ſcribentes communiter, non autē
ut poſſit pro uxore contrahere & ipſi præiudi-
care, ita declarat Soc.jun.*conſ.*105.*n.*11.*verſ. vel &
tertio reſponderi poteſt,lib.* 1. ubi etiam addit, quod
d.l.maritus procedat reſpectu bonorum, quę ma-
rito per uxorem fuerunt vere vel interpretative
tradita & conſignata *juxt.l final.C. de pact. convent.*
eodemq́; modo eam diſtinguit & declarat Myn-
ſing *reſp.*96.*num.*14. alias ſecus ut in caſu noſtro
in quo maritus non potuit aliquam adminiſtra-
tionem prætendere, cum bona, quæ remiſit, ſibi
tradita nō fuerint, nec quoquomodo conſigna-
ta ut in terminis ſcripſit Cephal.*conſ.*571 *n.* 6.*uſq;
ad n.*26. & ad idem faciunt tradita ab eodem Ce-
phal.*conſ.*727.*n.*14.*lib.*5.

Hiſce omnibus accedit, quod ut maxime, quę
hactenus ad impugnandam prætenſam renun-
ciationem, & inſtrumentum deſuper confectū
allata ſunt. in præſenti cauſa non militarent po-
tiſſimum quod pro forma renunciationis & de
ſolennitate, requiritur, deficiat nimirum iura-
50 menti corporalis præſtatio, quod † in forma prę-
ſtandum eſſe in renunciatione eſt tex. *in c. quam-
vis, de pactis in 6.* notant Dd. *in l.final.Cod.de pactis,*
Canoniſtæ, *in c.cum contingat ex.de jurejur.* Decius
*conſ.*225.*numer.*3. Cephal.*conſi.*308 *num.* 26. *lib.*3.
cum multis aliis, quæ adducit Weſenbec.*conſ.*
15.*nu.* 27.*p.*1.

51 At † forma non obſervata actus nullus eſt, *cap.
quia propter,ex.de elect.c in ſumma,c. ſine exceptione,*
11.*quæſt.*2.*Iaſ.in l.*1.*§.in eum,in princi.ff. ne quis eum.
Felin.in cap.examinata,numer.quinto.ex.de judic. Af-
flict.deciſ.Neapol.*378.*nume.quarto,* idq́ue etiam lo-
cum habet, etiamſi defectus eſſet parvus *Marſil.
in rubric. C.de probation.numer.*437.*& ſeq. Brun. de
forma,ſub.rubr.de potent.& effect.forma,verſ.*4 *Iaſon.
conſ.*213.*vol.*2.

52 Nec ſufficit † promiſſionem ſub fide factam,
quæ iuramento æquiparetur, quia reſpondetur
id procedere in actibus in quibus iuramentum
pro forma non requiritur, ſecus in his, in quibus
eſt de ſubſtantia, ubi corporaliter prę̄ſtādum eſt,
per ea quæ tradit Cyn. *in Authent. Sacramenta pu-
ber.nu.*5.*& ibid.* Bart.*n.*7. Bal.*n.*7. Salic.*nu.*6 Jaſ.*nu.*
13.*Cod.ſi adverſ.vendit.* Bald.*in l.*1 *num.*2.*C.ſi adverſ.
tranſact.* Unde vulgatum illud quod quando ali-
quid traditum eſt pro forma, id ad unguem ſer-
vandum ſit. *Bald in l.jurisgent.in fine, & ibid. Iaſon.
nu.*7.*& ſeq.C.qui admitti.Riminald.jun.conſ.*73.*n.*5.
*& conſ.*74.*numer.*1 *& conſ.*79.*num.*15.*volum.*1.*poſt
multos alios ab ipſo relatos,Burſat.conſ.*200.*num.* 112.
*lib.*2. quod pro ſingulari reputat Mant.*ſing.* 178.
numer. 1. neque poſſit per æquipollens impleri,
*Grat.conſ.*52.*num.*36 *volum.*2.*Boër.deciſ* 2.*num.* 22.
*Cacher.deciſ.*165.*num.*7.*& multis confirmat Modeſt.
Piſtor.conſ.*19.*q.*2.*n.*47.*& ſequent.vol.*2. Et in ſpe-
cie quod etſi clauſula illa promiſſionis ſub fide a-
lias comparetur iuramento, tamē ſecus ſit in re-
nunciatione hereditatis teſtatur Weſemb. *d. cōſ.*
15.*nu.* 27. ubi dicit id liquidi iuris eſſe & commu-
nis obſervantiæ atq; ita omnes Dd. tenere *in d.c.
quamvis.*

Actus autem † nullus perinde eſt atq; ſi nun- 53
quam eſſet factus, *per l.quoties,ff.qui ſatisd.cogant.l.
non putavit,§.non quævis,ff.de bonor.poſſeſſ.contra ta-
bul.l.*4.*§.condemnatum,ff.de re judicat.Alexand.conſ.*
33.*volum.*1.*Dec.conſ.*499.*num.*14.*Decian.conſil.* 38.
*nu.*70.*vol.*3.*Cephal.conſil.*109.*nu.* 2.*lib.*1. neq; ullū
operatur effectum, *c.non præſtat, de regul.juris in* 6.
*Ceph.conſ.*64.*n.*17.*lib.* 1.

Non etiam apparet, quod mater actorum in
renunciando de iure ſuo certiorata fuiſſet, quod
fieri oportuiſſe reſpōdit Dec.*conſ.*180.*n.* 8. *Meno.
conſ* 80.*n.*70.*& conſ.*6 *n.*8. Hoſtienſ. *in ſumma de
fidejuſ.§.& quis,verſ.mulier ibi,* idem eſt, quod iura
docētia quod quilibet renunciare poſſit iis, quæ
pro ſe introducta ſunt, ita demum procedant, ſi
quis certioratus ſit de ſuo præiudicio, quod ſe-
quitur Alex. *in l.pen, n.* 9.*C.de pactis* Joa. And. *in d.
c quamvis,* & latiſſime Ceph.*conſ.*405.*n.* 42. *lib.*4.

At mater actorum hereditatis paternæ & ma-
ternæ facile notitiam habere non potuit, utpote
quæ † augmentum & diminutionem recipiat. *l.* 54
*pecuniæ.§.hereditas,ff.de verb.ſignif.l.itē veniūt,§.non
ſolū.ff.de pet.hered.Paris.conſ.*26.*n.*78 *li.*3.*Ruin. conſ.*
107.*n.*16.*& conſ.*135 *n.*14.*li.*1.*& conſ.*60.*n.*24.*li.*3.

Et cum † mater actorum ſi renunciaſſet, dica- 55
tur enormiter eſſe lęſa vires hereditatis ignoraſſe
p̄ſumitur, *Paris.d.conſ.*26,*n.*74.*gl.Bar.& cæteri in d.
l.quisquis,C de reſcind.vend.Corn.conſ.*140.*n.*5.*lib.* 3.
*Ceph.conſ.*62.*n.*33.*lib.* 1.

Expediti autem iuris eſt, ut † quis iuri, quod i- 56
gnorat, renunciare non poſſit, ut late conſulen-
do deducunt Decia. *conſ.*46.*nu.*141.*vol.*2.*& conſ.*
43.*n.*37.*vol.*3.*Meno.cōſ.*731.*n.*10. Ceph.*cōſ.*3.*n.* 100.
*lib.*1.*& conſ.*218.*n.*18.*lib.*2.*& conſ.*547.*n.ult.li.*4.*&
conſ.*624.*n.*37.*lib* 5. & in ſpecie quod renunciatio
non valeat ſi mulier vires patrimonii ignoravit
reſpondit Mynſ.*reſp.*56.*n.*26. & Decian.*d.cōſ.*46.
*n.*14. Juris itidē certi eſt, quod † renunciatio con- 57
tinens enormiſſimam læſionem renuncianti nō
noceat, quod docendo ita tenent Dd. *in d.c.quam-
vis,* Bart. *in l.ſi quis ſocietatem,§.arbitrorum, ff.pro ſo-
cio,& in l.*1.*C.de reſcind.vend.* Ancha. *in c.*1.*ex. de cō-
ſtit.& in c.acceſſorium,verſ.pro declarat prædict.de reg.
jur,in* 6. Dec. *in c.in præſentia n.*36.*ex. de proba.&
in c.cauſa matrimonij.colum.*3.*ex.de offic.deleg.* Corn.
*in d.l.pactum dotali,num.*7 *fallent.*2. idemq́; conſu-
lendo amplexi ſunt Dec.*conſ.*45.*& conſ.*180.*col.*4.
*& conſ.*203 *n.* 6.*& conſ.*216.*num.*5. Socin.*conſ.* 263.
*col.*3.*verſ.præterea facit.lib.*2. Socin.jun.*conſ.*129.*nu-
mer.*40.*& conſ.*144.*num.*10 *lib.*1. Gozad. *conſ.* 97.
*num.*14 Ruin.*conſ.*107.*n.*19.*& conſ.*170.*nu.*21.*lib.*
1.*& conſ.*60.*num.*23.*lib.*3. Ripa *reſp.*15.*lib.* 3. Paris.
*conſ.*12.*nu* 80.*lib.*1. Cravet.*conſ.*192.*col* 4.*tom.*1. &
hanc ſententiam communem eſſe & procedere
ſine dubio, ubi læſio eſt graviſſima aſſerit Rube.
conſil.

*conf.*101.*in fine.*& esse communem testatur Dec. *in d.c.in præsentia*,& pro hac sententia sæpè se vidisse consultum per doctissimos viros,eamq; esse benigniorem affirmat Ruin.*dict.conf.* 60.*num.* 23 *in fine*,prout etiam fatetur Imola *in c. cum contingat.ex.de jurejurando.*

Idq; non in simplici duntaxat,sed jurata etiam renunciatione procedere tradit Anton.de Butr. *in d.c.cum contingat in* 4 *casu. & ibi* Abb.*numer.* 23. Anchar.*in d.c.accessorium* Dec.late *d. conf.* 203.*nu.* 5.*& in d l.pactum dotale,numer.*17.Decian. *conf.* 39. *num.*9.*volum.*2.& communem dicit idem Decia. post alios *consil.*6.*n.*7.*volum.*1.Cephal.*conf.*405.*n.* 22.*li.*3.*& conf.*642.*n.*81.*& seq.lib.*5.

58 Et cum † alias renunciationes odiosæ sint, ut multis deducunt Cravet.*conf.*42.*numer.* 2.*tom.* 1. Cephal.*conf.*58 *nu.*22.*& conf* 61.*nu.*49.*li.*1.Mynsing *resp* 50.*nu.*17.Wesemb.*conf.*11. *nu.* 14.*& cõsil.*15.*n.*6.in dubio cõtra eas potius, quam pro iis judicãdum esse videtur per ea quæ tradit Decia. *conf.*52.*n.*23.*vol.*1.

Etsi vero quæ hactenus deducta sunt contra utranq; à reo exceptionem oppositam speciose dicantur,perpendentibus nobis totius hujus cõtroversiæ circumstantias accuratius,easq; ad iustitiam & æquitatem exactius examinantibus, placet potius in contrariã sententiã descendere.

Et principio quidem extra omnem contro-
59 versiam positum est præscriptione † triginta vel quadraginta annorum omne ius tolli *per l.sicut,l. omnes,l.cum notissimi, C.de præscrip.*30.*vel* 40.*annor. c.num quæritur,& ibi gl.in fine* 35.*q.*9.*Batt. in l. prætor.*§.1.*ff.de oper.novi nunciat.Pariu.cõs.*2.*n.*17.*& seq.*
60 *vol.*4.In specie a.quod † hereditatis petitioni spacio triginta annorum præscribatur,latissime deducit Fr.Balb.*in tract.de præscript.*4.*p.*4.*part.prin.q.* 16.Cacher.*decis.Pedem.*56.*n.*7.Mynsing.*resp.*91.*n. ult.*Gail.2 *observ.Pract.*110.*n.*16 quam communẽ & in Camera Imperiali receptam esse attestatur Mynsing.*cent.*2 *observ.*71.

At in facto ex constanti testium depositione constat,anno Christi 1575.eum,de cuius hereditate quæritur ante annos quadraginta diem suũ obiisse,litem vero in hac causa 3. Decemb. anno Christi 1573 contestatam esse,ut ita à die mortis ipsius usq; ad litis contestationem elapsi sint anni ferme 38.aut si à tempore renũciationis factæ, quæ incidit in annum Christi 1542. computare quis malit,anni triginta & unus.

Cæterum ea quæ ad legitimam præscriptionẽ requiruntur ex parte rei in actis solide sunt de-
61 ducta,nimirum † titulus,possessio cõtinua & bona fides,quæ ad complendam præscriptionem requiri est gl.*in c. duo simul,ex. de officio ordinar.*Paris.late *consil.*27.*n.*89.*& conf.*104.*n.*129.*li.*1. Bursat.*conf.*66.*n.*9.*lib.*1.

De titulo enim constat satis ex renunciatione matris actorum,de qua mox dicetur amplius:aut si renunciationis nunc quidem ratio habenda non esset,ex ipso lapsu temporis,quandoquidẽ
62 in præscriptione longissimi temporis † hoc est, triginta annorũ titulo opus nõ est,quippe quod ipsa titulus sit,nec titulũ aliũ desideret,*c. de quarta.ex.de præscript.c.*1.*eod.in* 6 *Balb.d.p.*2.*q.*2.*nu.*7.*& cõplures alij quot ad longum allegat.* Wesemb. *conf.* 4. *n.*79 *p.*1.& qui titulum allegat & præscriptionẽ probat,titulum satis probasse intelligatur, *Pariu. conf.*25.*n.*18.*vol.*4.*& conf.*31.*n.*5.*vol.*2.

De possessione a.à reo huc usq; continuata dubium non est,& ex ipsorum actorum libello, quin etiam ex actionis huius natura satis constat,quippe quæ non detur nisi contra possidentes. Neque vero † reus aut pater eius unquam 63
possidere desiit naturaliter, ut ita possessio interrupta dici nequeat,iuxta text.& ibi notata per glos.& alios post eam *in dict.l.naturaliter,& in dict. l.cum notissimi,& in l.sine possessione. ff. de usucapion.* & Canonistæ *in dict.cap.illud* neque etiam civiliter,quoniam etsi mater actorum & postea ipsorum pater & ipsi etiam possessioni contradixerint, reus tamen aut ipsius curatores non tenebantur credere, maxime in extraiudicialibus,ut est text.apertus *in leg.penultim. ff. pro emptore*,ubi emptor rei alienæ,qui bona fide possidebat non constituitur in mala fide ex eo,quod quis extraiudicialiter illi denunciasset rem suam esse, & tradit Alexand. *in l.pupillo*, §.*nunciationem.colum.* 4.*ff.de oper.novi nunciat.*& Barto.*in l.quod te, colum. penultim.ubi & alij post eum. ff. si cert. petat.* cum ne Imperatori quidem aut pontifici ratione interesse sui quid afferenti credatur,ut tradit Isern. *in cap.primo.in princip.ad finem,quo temp miles.* & consuluit Zabarel *consil.*128.Decius.*consil.* 528. *num.* 3.*& seq.& consil.*410.*colum.*2.*ad finem,*Socin.*conf.* 127.*vol.*2.

Atq; licet citatio actus sit iudicialis, † tamen 64
per simplicem citationem non secuta litis contestatione non interrumpitur præscriptio,etiam sine titulo,ut tenet Panorm.*in dict.cap.illud colum.* 2.*per c.placuit.*§.*potest.*16.*quæst.*3.*& per l.si quis emptionis.* §. 1. *Cod.de præscript.*30. *vel* 40.*annorum* & comprobat Balb.*in dict.tract.de præscription.*3.*p.* 6. *p.princip.quæst.* 1. multo magis concurrente titulo,prout in hoc nostro casu, ut notant Bartol.Salicet.& alii *in leg.mota.Cod. de rei vindicat.* & tradunt idem Balb.*dict.quæst.*1.*numer.*5.Bartol.& alii *in l.si post acceptum.ff.de rei vindicat.*Paris. *consil.* 104.*numer.*150.*& seq.volum.*1.Ruin.*consil.* 118. *n.* 5.*vol.*4.

Sicut autem possessio per simplicẽ interpellationem aut citationem non interrumpitur, ita nec bona fides præscribentis,quam ab initio habuit,per eam tollitur,ita notat gl.*in d.c. si diligẽti, verb.bona fide.& post eam Dd.gl.in l.penultim.ff.de evictiion.*Nam etsi † interpellatus extraiudicialiter 65
dubius ex eo de jure suo reddi possit,nõ tamẽ ꝑpterea redditur malæ fidei possessor,& de eo qui dubius est,quod non minus præscribat atque is, qui dubius non est,notatur *in d.c.si diligenti.& in d.c.fin.ex.de præscription.*ubi Innocent.Imol.&Panorm.Bartol.*in dict.leg.naturaliter,in princip.*eamque communem esse dicit Alexand.*in l.*1 §.*genera.ff.de acquir.vel amitt.possess.* Mynsing. *d. resp.* 41. *numer.*18.Cephal.*conf.*40.*numer.*24.*lib.*1.*& conf.* 724.*numer.* 54.*lib.* 5. ubi dicit,licet ex post facto dubitari incipiat tamẽ in eo casu præscriptio incoata non interrumpitur, sed si à principio dubitatur præscriptio incoari non potest ob bonæ fidei defectum, & ibidem addit hanc rem etiam ita declarare Ruinum.*consil.* 111.*numer.octavo libr.*1.

At rei patrem ab initio bona fide bona con-

O 3 trover-

troversa possedisse eo ipso probatur, quod contrarium ejus non ostẽditur, quam ita etiam processisse præsumitur ex communi Dd. sententia ut tradunt Balb. *in dict. leg. Celsus p. 3. numer. 2.* Alciat. *de præsumpt. regul. 3. præs. 5.* Didac. Couvarr. *de sponsal. p. 2. cap. 8. §. 1. num. 4.* Soarez *in thes. comm. opin. lit. p. num. 199.* & contra prædecessores incoata procedit etiam contra eorum heredes, per ea quæ tradit Curt. sen. *consil. 82. numer. 5.* quem refert & sequitur Tiber. Decian. *cons. 24. num. 117. volum. 1.*

Ex quibus ita firmatis per se ipsa concidunt, quæ supra in contrarium afferebantur, siquidem ex modo dictis præscriptio cum suis requisitis in præsenti casu probata est. Quod enim mala fides reo objiciebatur, id omne in præsumptionibus
66 est positum, contra quas stat † juris illa præsumptio quæ est pro bona fide. *l. merito. ff. pro socio glos. in l. super verb. probatur, Cod. de præscript. longi tempor. Innocent. in c. nihil, colum. 2 ex. de elect. Bartol. in l. quẽadmodum, colum. 1 in fine, numer. 3. Cod. de agricol. & censit.* & communem esse testatur Vasq. *lib. 2. illust. quæst. c. 79. numer. 15.* & infinitis autoritatibus comprobat Mascard. *de probatio vol. 1. conclus. 224.* Quæ in præsenti casu tanto est fortior, quod munita est titulo renunciationis, cum bona fides præsumatur in eo, qui habet titulum verum, ut per glos. *in d. c. fin. ex. de præscript.* docent Bart. *in d. l. Celsus num. 17. versic. sed contra hæc videtur, & in l. fin in fine, Cod unde vi.* Panormit. *in c. Gravis. colum. 3. versic. si vero non constat, ex. de restitut. spoliat.* Lucas de penna, *in l. 5 colum. 4. versic. trigesima secunda, Codic. de apochis public. libr. decimo.* Jason. *in leg. possideri, §. si servus numer. 2. ff de acquir. vel amit possess. & in leg. non hoc, colum. ultim. versic. facit quod licet. Cod. unde legit.* late Anton. Gabriel. *libr. 7. de crimina. conclus. 2 numer. 27.* idemq; ue consulendo tenuerunt Alexand. *cons. 260. colum. 2. versic. præterea in dubio, volum. 2.* Barbat. *cons. 41. colum. 10. vers. adhæc potest respondere. libr. 1.* Corne. *cons. 136. colum. 1. vers. sufficit enim, libr. 2.* Socin. Sen. *cons. 22. in fine, vol. 1* Curt. Sen. *cons. penult. col 2.* Cravet. *cons. 201. num. 30. tom. 1.* & hæc sententia manifeste probatur *in l. pen. C. de evict.* & ibid. gl.

Hinc in terminis renunciationis, quod propter eam utpote titulum bona fides in præscribẽte præsumatur respondit Dec *cons. 266. numer. 4.*
67 imo etsi † titulus verus non sit sed putativus tãtum quem possessor allegat, adhuc tamen bona fides præsumitur ut affirmavit Bartol. *in dict. l. Celsus numer. 17.* Papiens. *in forma respons. rei conventi. in vers. præscriptionis. numer. 15.* Ripa *in c. cum Ecclesia, numer 98. versic. amplia, ex. de causa possess. & propriet.* Dec. *d. cons. 266. in fin.* Ruin. *cons. 129. in fin. lib. 1.* Curt. jun. *cons. 28 n. 4.* Soc. jun. *cons. 76. nu. 60. & cons. 77. n. 151.*

Quæ omnia tanto magis in præsenti casu locũ habebunt quod illis conjuncta est diuturnitas temporis, triginta nimirum & plurium anno-
68 rum, ex qua † bona fides præsumitur, etsi titulus omnino nullus allegetur, ut docuit Innocen. & alii *in c. 1. ex. de restitut. in integr.* Abb. & alii *in dict. cap. si diligenti. Dd. in dict. leg. Celsus.* & consuluit Alexand. *consil. 71. num. 1 volum. 1 & cons. 203. num. 12. volum. 6. & cons. 4. num. 3. volum. 7.* Rimin. Sen. *consil. 288. num. 19. & cons. 246. num. 25. vol. 2.* Rol. à Valle. *cons. 3. num. 93. volum. 1.* & communẽ esse testatur Ripa *in d. c. cum Ecclesia, nu. 99.* quem refert & sequitur Menoch. *lib. 2. de arbit. jud. quæst. casu 43. num. 7.* & quamvis nonnulli contrarium teneant, non tamen esse ab hac sententia communi recedendum scribit Menoc. *de recuper. possess. remed. 13. num. 70. & de præsumpt. libr. 3. præsum. 130. numer. 11.* ubi dicit rationibus & argumentis contrariæ opinionis satisfieri à Didaco Couvarr. *in dict. cap. possessor. part. 2. §. 8. numer. 3. de regul. jur. in 6.*

Nec tanti momenti ad hanc præsumptionem elidendam est, quod objiciebatur de scientia rei alienæ. Primum enim illa in facto negatur, nec ex actorum parte probata est. Deinde ut maxime ea concedatur, renunciatio tamen subsecuta à qua usq; ad litem contestatam lapsi sunt anni triginta & unus scientiã illam rei alienæ sustulit, quippe quod † ex primordio tituli posterior 69
formetur eventus. *l. 1. in fine. & ibi gloss. notab. Cod. de impon. lucrat. descript. libr. decimo. facit l. 3. §. scio etiam. ff. de minor. l. potior est. ff. qui potior. in pignor. hab.*

Et quamvis contra renunciationem illam nõnulla supra adducta sint, ut nunc ponatur, ea ita se habere, juris † tamen est certi bonam fidem 70
causari ex titulo putativo etiam ex errore injusto orto, ut docet Bartol. *in d. l. Celsus. num. 17.* & Bal. *num. 95.* Jas. *in l. si quis id quod. notab. 8. ff. de jurisdict. omn jud.* Ripa *in d. c. cum Ecclesia, num. 100.* Alcia. *d. præsumpt. 5. in princ. & num. 3.* idemque ita decidit Rota Romana attestante Verallo *decis. 68. par. 1.* Ratio est, quod causa injusta & fatua excusat à dolo & mala fide. *l. igitur, §. potest. ff. de liber. causa. gloss. magna in l. 1. in fine. ff. si quis jus diceti non obtemper.* Menoch. *de recuper. possess. remed. 5. num. 49.* & alias bonam fidem causari ex injustis & temerariis causis tradit Dyn. *in c. qui contra. de regul. jur. in 6.* & alios recenset Balb. *in dict leg. Celsus. numero. 95.*

Sed † ex cursu etiam triginta annorum præ- 71
sumptionem malæ fidei purgari ostendit Bartol. *in d. l. fin. in fine, C. unde vi* Jason. *in §. sed ista, nu. 100. Instit. de action. & cons. 57. colu. fin. in fine & cons. 72. colum. 2. lib. 1. & cons. 209. colum. 2. in fine lib. 2.* Decius *cons. 267. colum. 3. & cons. 272. colum. 5.* Curt. jun. *cons. 52. colum. 4.* Castrens. *cons. 169 colum. 2. li. 1.* ubi ait post lapsum longissimi temporis malã fidem allegari non posse, & ad idem faciunt notata à Menoch *d præsumpt. 130. n. 17. & 18.*

Id quod adeo verum esse nonnulli putant, ut scribant malam fidem præcedentem non tollere præsumptionem bonæ fidei acquisitam per spacium longissimi temporis, ita scribit Dec. *in l. traditionib. colum. 3. nu. 11. & 12. C. de pact. & cons. 496. colum. 2. circa medium. & cons. 638.* Salic. *in l. 1. col. fi. C. de servit.* idem sensit Bald. *cons. 370. lib. 3.* Boër. *decis. 39. n. 7.*

Cum igitur pro bona fide contra malam fidẽ præsumatur & illa sit fortior, & in hoc casu plures sint præsumptiones pro bona fide, præsumptio illa ex rei alienæ scientia orta, attendenda non est. Præsumptio † enim præsumptionem 72
tollit, *l. divus. ff. de in integr. restitutio. l. non solum. ff. de ritu nupt. c. transmissæ, ex. qui fil. sint legitim. gloss. in cap. ex literis, verb. ad plenum, ex. de in integ restitut.*

Menoch.

Menoch. de arbitr. judic. quæst. lib. 1. quæst. 76. num. 19. idem lib. 1 de præsumpt. cap. 30. Cravett. consil. 250 numer. 2. & consil. 258. num. 21. & quod fortior tollat debiliorem, est textus in cap. literas. extra. de præsumpt. gloss. in cap. Michaël. extra. de fil. presbyt. Deci. in cap quoniam. num. 8. extra. de offic. delegat. Jason in l. jam hoc jure. colum. 2. circa fin. ff. de vulg. & pupill. Ripa in l. admonendi. num. 211. ff. de jurejuran. Alciat. de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 9. num. 16. Cravett. consilio 145. num. 11. & consil. 149. num. 17. t. 1. Grat. respons. 54. num. 40. lib. 4. Bursat. consil. 15. nu. 21. lib. 1. plures item vincunt pauciores, per notata in authent. de consanguin. & uter. fratr. cap. 1. de treuga & pace. Bald. in l filium. num. 2. ff de his qui sui vel alieni juris sunt. Alciat. de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 37. numero 9. & sequenti. Dec. consil. 470. num. 10. Socin. junior consil. 59. num. 10. vol. 2. Grat respons. 55. nu. 39. lib. 1. Bursat. consil. 19. num. 27. lib. 1. & hanc vulgarem esse regulam, tradit idem Bursat. cons. 272. num. 7. lib. 3.

Non obstat læsio, quia imputet sibi, qui id, quod suum est, præscribi passus sit, siquidem eo
73 ipso † alienare videtur, l. alienationis ff. de verborum significat. & cum ob utilitatem publicam præscriptiones introductæ sint, l. fin. ff pro suo. illa merito prævalebit privatæ, notat. in l. 1. ff. solut. matrim. Roland. à Valle consil. 86. num. 63. volum. 1. ex antiqua illa lege, quod summa lex sit salus populi, Bursat. cons. 409. num. 3. lib. 4.

Atque ut præscriptiones alias odiosæ dican-
74 tur, præscriptio † tamen triginta annorum, in cuius casu nos sumus, favorabilis est, ut notatur in l. nullo. C. de rei vindicat. & in d l. Celsus. & in l. diutina. juncta l. 2. & l. super longi. Cod. de præscript. longi temporis. idemque de præscriptione immemoriali respondit Roland. à Valle consil. 89. num 29. volum. 2. Deinde præscriptio dicitur esse rigorosa & plena impii præsidii, si nimirũ quis mala fide præscribat, ita declarant Imol. & Felin. in d cap. fin. de præscript. quos refert & sequitur Menoch. cons. 361. n. 22. lib. 4.

Malam autem fidem supervenisse ante præscriptionem completam probatũ non est, ipsam autem ante litis contestationem completam, computatio temporis, undecunq; illa fiat, sive à morte eius, de cuius hereditate controvertitur, sive à renunciatione, satis arguit, & interpellationem extraiudicialem tanti momenti non esse, ut ex ea mala fides inducatur, ex jure supra abunde ostensum est.

75 Quod vero de præscriptione, quod † minoribus non currat, affertur, ex communi Doctorũ sententia distinguendum est inter pupillum & minorem, ut præscriptio longissimi temporis etsi dormiat in pupillis, Balb. de præscript. part. 6. casu 23. Cravet. cons. 967. n. 31. Ceph. cons. 161. n. 33. Gabriel. cons. 163. n. 12. Jas. cons. 7. in fin. vol. 3. Menoch. cons. 305. n. 22. lib. 4. Nic. Euerhar. cons. 162. nu. 3. currat tamen contra minorem, si cum defuncto inchoata sit, ita distinguit gl. in l. unic. C. si advers. usucap. Cyn. & Bald. in l. si. C. in quib. caus. restit. in integ. necess. non est. Balb. in tract de præscript. part. ultim. vers. vigesimus tertius. Paris. cons. 66. n. 115. vol. 3. Rol. à Valle cons. 6. n. 9. vol. 3. & hanc communem esse scribentium sententiam in d. l. fin. & in l. si intra. C. de non numer. pecun. refert & sequitur Fran. de Caldas in l. si curatorem. verb. sua facilitate. nu. 48. C. de in integ. restit. min. atq; ita in plerisq; causis definitum esse, testatur Guido quæst. 31. & sequitur Myns. d. resp. 11. n. 28. & resp. 42. n. 30. idemque tenet Cephal. consil. 700. nu 34. lib. 5.

In præsenti autem casu huiusmodi temporis detractionem fieri non debere, ex eo apparet, quod ex actis animadvertimus, actores non in pupillari, sed in minori ætate constitutos fuisse, cum mater ipsorum vitam cum morte commutavit.

Ceterum cum † pluribus exceptionibus uti 76
nemo prohibeatur, c. nullus plurib. de reg. jur. in 6. l. nemo ex hu. ff. eod. l. is qui dicit. & l. nemo ff. de except. etiamsi exceptiones essent contrariæ, Decian. consil. 100. n. 30. vol. 3. etiam exceptione præscriptionis remota, in altera reus intentionem suam haberet fundatam juxta l. cum precib. C. de probat. Cravet cons. 114. nu. 1. vers. quibustamen non obstantib. t. 1. Cephal. cons. 467. n. 30. lib. 4.

Pro instrumento enim renunciationis producto † præsumi tur, quod verum sit, & quod eo 77
comprehensa ita sint gesta, arg. d. l. cum precibus ubi Bal. idem in d. c. illud. Jas. in l. si post divisionem. in prin. C. de jur. & facti ignor. Socin. cons. 95. n. 1. vol. 2. Grat. cõs. 11. n. 3. vol. 2. Paris. cons. 60. n. 6. vol. 1. Curt sen. cons. 55. n. 20. & seq. Bursat. cons 33. nu. 11. lib. 1. idq; tanto magis, quod inter personas, ut sunt frater & soror, renunciatio facilime præsumatur, l. Procula. ff. de probat. Dd. in l. quæ dotis. ff solut. matr. Mynsing. responsf. 50. nu. 29.

Cui accedit antiquitas temporis longissimi lapsi à tempore confectionis instrumenti illius usq; ad litem motam, per ea quæ tradit Dec. cons. 36. n. 6. ita ut faciat probationem probatam, evidentem ac manifestam, d. l. cum precib. l. desiderium. C. de depos. late Dec. in c. licet causam. not. 13. extra. de probat. Alciat. d reg. 3. præsumpt 13. n. 8.

Ex † consanguinitate verò & diuturnitate 78
temporis coniunctis renunciationem maxime præsumi, docent Jas. in d. l. quæ dotis. nu. 18. idemq; cõsuluit cons. 193. lib. 2. Socin. sen. cõs. 25. n. 10. vol. 4. Ruin. cons. 161. nu. 10. vol. 3. Socin jun. cons. 128. nu. 108. vol. 1. & cons. 14. in fi. vol. 3. Alciat. resp. 304. in fi. Afflict. decis Neap. 13. n. 12. Gramm. decis. Neapol. 103. n. 39. Purpur. in l cum quid. n. 128. ff si cert. pet.

Præterea cum fœminæ accepta dote renunciare consueverint, & mater actorum dotem, de qua in pactis dotalibus convenerat, acceperit, præsumitur omnino etiam renunciatum esse, prout in instrumento continetur, quandoquidẽ ea † quæ fieri solita sunt, in dubio pro factis ha- 79
beantur, pro quo expressus est text. in l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de ædil. edict. & ad idẽ facit text. in c. ex parte. extr. de censib. & in l. si quis donaturus, in fin. ff. de usufructu. & in l. servus plurium, in fin. ff. de legat 1. Bald. in rubr. C. de fide instrument. num. 8. versic. item quia. per textum, quem reputat singularem in l. penultima, ad finem, C. de fideicommiss. idem Bald. in l. incendium, in fin. C. si cert. petat. Ripa in c. cum M. num. 45. versic. ultimo pro nunc. extr. de constit. Jason in l. sciendum, numer. 2. ff. de verborum obligat. Sapia in l. si emancipati. n. 30. & ibid. Cagnol. nu. 75. & 76. C. de collat. Cravetta de antiquitat. tempor. p. 4. nu. 230. Cotta in memorial. in verb. facta non præsumuntur. quia quis præsumitur illud facere,

quod fit communiter, dicebat Bald. *in l.2.nu.25. C.de rescinden.vendit.* Atque hoc argumentum à solitis in jure esse validum, docent Bartol.& alii Dd. *in l.certi condictio. §.numos.ff.si cert.pet.* Decian. *consf.66. num.18. volum.3.* late Cephal. *consil.708. num.68.& seq.lib.5.* late Nicol. Euerhard. *in loco, à solitis.* Grat. *consil.matrim.75 num.36.t.1.* ubi dicit, quod hoc argumentum necessario & concludenter probet, quia concludat à communiter accidentibus, quod in jure esse fortissimum est, gloss. *in l.nam ad ea.& in l.& ideo.ff.de legib.* gloss.& Dd. communiter *in d.l.neq, natales.* Bald *in cap.fin. extra.de caus. possess. & propr.* Cacheran. *decis. Pedemont.44.num.4.* Roman. *singul.402.* ubi dicit, argumentum à communiter accidentibus esse utile, quia probandi onus in adversarium transferat.

Confirmantur hæc per ea, quæ in pactis dotalibus, de quibus utrinque in confesso est, placuerunt, ut mater accepta dote renunciaret. Etsi enim necessario inde non inferatur, renunciatum esse, præsumitur tamen revera id factum esse,
80 propterea † quod præsumatur aliquid factum esse ob causam præcedentem, *l.quadam mulier. ff. de rei vindicat.* *Decian.consil.19.num.71. & consf.124. num.40.volum.3.* & cum ex conventione renunciandum fuerit, præsumitur factum esse, quod necessario faciendum erat, ut voluit Cephal. *consil.39.num.17.lib.1.* præsertim cum pactis istis in eo satisfactum sit, quod de dote danda placuit, quam Rei pater numeravit, & mater actorum accepit, unde colligitur, in eo etiam, quod renunciare debuit mater actorum, istis satisfactum esse, *per l.qui filiabus.& l.si servus plurium. §.si. ff.de legat.1.*

Qua renunciatione ita stante, dubium non
81 est, quin † mater actorum portionem ex hereditate sibi debitam remiserit, *Bartol.in l.1. §.filiam. ff.de bonor.possess.contra tabul. Bald.in l.duobus ff.de legat.1. Alexand.consil.199.colum.3.volum.7.* eamque ita remissam repudiaverit, *Bartol.in authent.si quis in aliquo. colum.fin. versic.juxta prædicta quæro. C.de edendo.& in d.l.sciendum.colum.2. & in l.si forte.ff. de Castrens.pecul.*

At vero licuisse matri actorum juri sibi competenti renunciare, & hereditatem sibi debitam repudiare, liquet ex regula illa iuris generali, qua
82 quilibet † rei suæ moderator esse dicitur & arbiter, *text.est in l.in re mandata. C.de mandat. l.2 ff. de his qui sui vel alieni juris sunt. Bero.consil.40.nu.2. volum.1. Socin jun. consil.76. num.118. volum.1. & consil.80.num.11.volum.2. Bursat.consil.151.num.131. lib.2.* etiam in abutendo, *l.sed si lege.§.consuluit.ff. de petit. hered.* quem textum ad hoc singularem dicit Jason *in l.more.colum.3.ff.de jurisdict.omn.judic. & in l fin.C.qui testam.fac poss.* Socin.iun. *consf.130. num.8. volum.3.* & rebus suis potest ponere legem, quam vult, *cap.verum.extra.de condition.apposf. cap.nullus.extr.de serv.non ordinand. cap.requisisti.ext. de testament. l.quoties. C.de donation.sub modo. l.ob res ff.de pactis dotal. Paris.consil.32.num.28.& consil.72. num.3.volum.1.* ita ut non solum bona sua donare possit, cui vult, sed etiam in liberorum præiudicium in mare proiicere, ut dicit gloss. *in l.1. C.de inoffic.donat.*

Et ad speciem magis descendendo ad casum nostrum, potuit mater actorum † cuicunq; iuri 83
suo & hereditari sibi competenti quomodocunque renunciare, *l.penul.ff.de pactis.* ubi hoc omnes notare dicit Roland. à Valle *consil.85.num.63.volum.4 cap.ad Apostolicam.extra.de regular.* Zuchard. *in l.1.num.12.C.de pact.* Paris. *d.consil.72.nu.18.* non tantum quærendo, sed etiam quæsito, etiamsi transisset in rem iudicatam, *l.si iudex ff.de minor. l. quæritur. §.si venditor.ff.de ædil.edict. l.cum quidam.ff. de administr tutor.l.pactum inter heredem. ff. de pactis.* imo † licet sententiæ & rei iudicatæ maxima vis 84
sit, adeo ut pro veritate habeatur, *l.res judicata.ff. de regul.jur. l.causas vel lites.C.de transaction. l.fin. C. sentent. rescind. non posse.* tamen renunciatio plus potest, quam sententia, quia sententia fertur in invitum, *l.inter stipulantem. §.1.ff. de verbor.obligat. l.& summa cum ratione.§ fin.ff.de pecul.* renunciatio autem præsupponit animum & consensum renuncianris, *per supra allegata,* & ideo licet sententia contra rem iudicatam non valeat, *l.1.C.quand. provoc.nec.ess.non sit. c.exposita. extr.de arbitru.* potest tamen rei iudicatæ renunciari, & renunciatio valebit, *l.jurugentium.§.si paciscar ff.de pact. Alexan. in l judex postea quam. colum.2. vers.sexto fallit. ff.de re judic.& consf.77.col.fin.& consf.212.vol.2. Paris.consf.5. n.43.vol.1 & consf.5.n.16.vol.2.*

Qui † autem semel ius suum remisit, eo amplius uti non potest, neque ad renunciata datur 85
regressus, *l.1. § qui semel ff.de success. edicto. l Herennius, in princip. ff.de eviction. gloss. in l quoties ab omnib. C.de fideicomm. Castrens.consil.274.col.2.lib 1. Rolan. à Valle consf.57. num.14. vol.3. & consf.28.num.41. & consf.100.num.24.vol.4. Cephal.consf.422.num.23 & consil.445. num.2. lib.3. & consil.463 num.31. lib.4.*
Nemo † enim audiendus est contra id, quod se- 86
mel approbavit aut reprobavit, *l generaliter. C.de non numer.pecun. l.sicut. C.de obligation. & action. l. generaliter. §. quis enim ferendus. C.si cert.petat. l.post mortem. ff.de adoption. l.cum profitearis. C.de revoc.donat. l.si qui alienam. ff. de action.empti.* nec quod semel placuit, postea displicere debet, *cap.quod semel.de reg.jur.in 6.* nec consensum, quem quis semel accommodavit, revocare, *l per fundum. ff. de servitut.rustic.prad. l.in diem. ff.de aqua & aq.pluv. l.1. §.prodest.ff.quor.legator. l.de accession.§ fin. ff.de divers. & temporal.præscript. l.fin. ff. commun.prædior. cap.requisivit. extra. de sponsalib. Cacheran.decis.62.nu.18. & 19.*

In specie autem renunciatione hereditatis semel facta, quod † non detur regressus, consuluit 87
Roland. à Valle *consf.95.n.34 vol.1.* Cravet. *consf.24. nu.4 t.1.* Bursat. *consf.173 num.65.lib.2.* Cephal. *consil.620.n.48.lib.5.*

Unde est, quod dicitur, quod paria sint, aliquod ius non esse aut non competere, vel esse, sed ei renunciatum esse, *l.1. C. quand. non petent. part. l.3.in fin. & l.4. ff.de bonor.possess. Bald.in l.nam etsi. §.1.ff.de inoffic.testam. Roman.consf.43.dubio 3.*

Quæ omnia procedunt, etiamsi renunciatio esset simplex & generalis, quia † talis renuncia- 88
tio comprehenderet omnes casus, & in omni casu servanda esset, ut inquit Innocent. *in d.c.cum contingat.memb.princ.3.* Alexand. *consf.3.col.3. versic. fortius voluit.volum.1.* & generalis renunciatio sive liberatio trahitur ad omnia, *l.pluribus. ff. de acceptilat. l.emptor. §.Lucius.& ibi gloss.ff.de pactis. Salic. in l.*

in l.si de certa. C. eod. & Bald.in l.tres fratres. not.4. & opposit.2. ff.eodem. & in l.sub prætextu. opposit.1. C.de transaction. Canon.in cap.1.extr.eod. Cuman.consil.7. colum.penult.ubi dicit, tantum præiudicare generalem renunciationem, quantum specialem. Idem dicit Alexand.cons.42.colum.4. vers.tertio. & seq.volum.1. & cons.11. colum.2. vers. sed præmissis non
89 obstant.volum.2. Generalia namque † generaliter sunt intelligenda, & generaliter operari debent, l.regula.§ fin. ff. de jur. & facti ignorant. l.1. §.cum urbem.ff.de præfect urb.l.Julianus.ff.de leg.3. quæ non in favorabilibus duntaxat locum habent, sed etiam in odiosis, Angel.in l fin. colum.fin. vers.tertio quæritur.ff.de constitution.princip. Anton.de Butr. in c.olim. extr.de verborum significat.& ideo monet Bald.in d. l.pactum dotali.quæst.17.ut caveant renunciantes à verbis generalibus, ne in promptum ex effuso sermone periculum incidant, per text. in l fin.in fin.C.de dotis promiss.

Et ideo per has clausulas, Aller Freyheit/Wolthaten der Rechten vnd Statuten/ so mir in geistlichen oder weltlichen Rechten zu hülff kommen möchten/darzu alles ander/ wie das durch Menschen Sinne erdacht were oder würde/ vnd wider diesen verzieg seyn vnd thun möchte begeben/ verziehen vnd gantz enteussert habe. Procul dubio mater actorum, atque adeo ipsi etiam actores ut matris suæ heredes à quocunq; jure quovis modo excogitabili impugnandi talem renunciationem exclusi censentur, ut tradit Bar. in l.si sub conditione. col.5. vers quæro quid si renunciavit. ff. de testamen.tutel. & in authent.matri & aviæ. col. penult. & ibid. Bald. & alii. C.quand.mul. tutel.offic. fungi poss. Rol.à Valle cons.2.nu.31.vol.4.ubi dicit, quod renuncians omni juri & privilegiis videtur omnibus & singulis jurib.in specie renunciasse. Quas clausulas fortiores reddit clausula illa, qua dicitur, quod mater actorum, gantz freyes Gemüts/ ohn gezwungen/ ut habent verba instrumēti re-
90 nunciationis, renunciavit; quæ vox † LIBERE removet omne impedimentum & contradictionem, adeo ut nunquam detur regressus, Bart.& Alex.in l.mihi & Titio. ff. de verb.oblig. & est gl.not.in clem.dudum.verb.libere.de sepul.& in clem.fin de ætate & qualit.Bal.in c.cum accessissent. n.3.ext.de constitut. Ant.de Butr.in c.1.extr.de offic.ordin. Abbas in c.de multa.extra.de præbend.

Neq; vero hæc renunciatio stetit simpliciter in terminis generalibus, sed deventum etiam est ad specialia, & nominatim renunciatum juribus suis, videlicet, paternæ, maternæ & fraternæ he-
91 reditati, quæ † specialitas omne omnino excludit, text.est in l.apud Labeonem.§.hoc edictum.ff.de injur.l.sed etsi §.quæsitum.ff.si quis caution.c.bonæ. ext.de confirm util.vel inutil.c.super eo. ext.de appell. c.ad hoc. extr.de rescript.c.si adversus.extr.de hæret.clem.1.de excess.prælat.

Quibus omnibus accedit, quod maritus Annæ renunciantis intervenit, ut eo minus renunciationi contraveniri possit, secundum ea quæ notantur in d.l.transactione. Paris.cons.26.num.68. vol.3 Goz.ad.cons.70.n.7.Cravet.cons.281.nu 9.t.2.

Cum igitur mater actorum renunciatione à se facta, & eo nomine satisfactione sibi præstita, ab agendo exclusa fuerit, eius etiam liberi agere
92 amplius non possunt, siquidem † fœmina exclusa, eius etiam descendentes exclusi sunt, Dec.consil.85.num.9.& cons.95.colum.antepenult. versic si ergo illud statutum. Paris. consil.29. num. 49. volum.1. Cravet.consil.183. num.2. t.1. quemadmodum ubi fœmina per statutum expellitur, nec per eam coniuncti admittuntur, Ruin.cons.120.nu.2.lib.1. & cons.151. n.6. lib.2.

Tantoq; minus agere, & renunciationi maternæ in præsenti casu convenire possunt, quod actores † matris suæ heredes sunt, per l.cum à matre. C.de rei vindicat.l.ex qua persona. ff.de regulis iuris, cum multis aliis allegatis per Tiraquel.de retract.lignag. §.1.gloss.9. num.47. & per ea, quæ paulo post dicentur amplius. 93

Non obstant in contrarium adducta. Etsi enim renunciatio in facto negetur, ex his tamen, quæ hactenus deducta sunt, nimirum ex instrumento renunciationis, aliisq; cum eo concurrentibus præsumptionibus abunde probatum est, renunciationem, prout in instrumento producto continetur, factam esse.

Ceterum probato eo, per se satis liquet, consensum & animum renunciandi in actorum matre fuisse, ut illis ipsis autoritatibus ostenditur, quibus dicebatur, renunciatio animum & consensum renunciantis præsupponere.

Contradictio autem subsecuta arguit ab initio consensum fuisse in renunciationem, eamq; subsecutā, cum contradici non potuerit renunciationi, nisi esset, cui contradiceretur, per regulam, qua dicitur, quod privatio præsupponat habitum, & quod non entis nullæ sint qualitates.

Nec extra fraudis atque doli suspicionem est mater actorum, quod vivente patre Rei tacuit, & post mortem demum eius, cui negocium optime cognitum erat, & quidem post biennium integrum à morte patris Rei elapsum cōtradixit, quod sine dubio fecisset citius, nisi conscientia rei ita, prout in instrumento renunciationis cōtinetur, gestæ absterrita fuisset, ex qua † taciturnitate dolus matris actorum præsumitur, d l.quæritur.§.si venditor. Innocent. & Dd. in d c.cum dilecto. Jason in l.pacisci ff.de pact. Corn. consil.190. colum.6. versic.tamen in casu nostro. volum.2. Cravett.cons.83. num.3.& consil 142.num.20.& consil.172.num.5.t.1. 94
Quin potius ex taciturnitate illa arguitur voluntas & approbatio eius, quod ante gestum est, ut notant Doctores in d.l. quæ dotis. Felin.in cap.nonne.extra.de præsumpt. Cacheran.decis.Pedemont.132. num.10.

Neque contradictio illa est relevans, quippe per renunciationem jure jam ante quæsito patri Rei, atque adeo ipsi etiam Reo, quod ab ipso invito auferri non debet, neque vero etiam potest, ut late deducit Anton.Gabriel, in lib. conclusionum, sub titulo, de jure alteri quæsito non tollendo. Nam † ne princeps quidem à contractu quem fecit, pro arbitrio recedere potest, Bald.Castrens. & Doctores communiter in l.digna vox. Cod.de legibus. Canon.in cap.quæ in ecclesiarum, extra.de constitution. ac ne ab eo quidem, quem cum subdito suo celebravit, c.1.ubi Dd.extr.de probat. Zasius in l.2. §.eodem tempore. ff.de orig.jur. adeo ut neque de plenitudine potestatis suæ id facere possit, Castr.in d.l. digna vox. Bald.in cap.1.§.adhæc.colum.5.vers.item nota.de pace juram.firmand. Zasius cons.10.n.5. Mynsing. resp.24. 95

resp.24.num.19. eamque communem esse Doctorum opinionem, affirmat Fernand. Vasqui. *de controvers. illustr. cap.26. num.6.* & plures cumulavit Bursar. *consil.16. num.45. & seq. & cons.78. num.4. lib.1. & cons.160. nu.11. & seq. lib.2.*

Et præter ea, quæ supra allata sunt, quod renunciantibus ad jura, quæ habuerunt, non de-
96 tur regressus, juris est generalis, quod † contra factum suum nemo venire debeat, *d.l. post mortem. l. si creditorib. C. de servo pignor. dato. l. filius. C. de revocand. his quæ in fraud. creditor. Decian. cons.59. numer.20. volum.2. Cephal. cons.30. nu.31. lib.1. & consil.392. num.30. & cons.393. num.35. lib.3. Bursat consil.157. num.66. lib.2.* Licet enim † factum sive
97 contractus ab initio voluntatis sit, tamen ubi factum sive contractus perfectus est, est necessitatis, *§. mandatum. Instit. de mandat. l. si mandavero. §. final. ff. eod. l. in commodato. §. sicut. ff. commod. l. quamvis. ff. de pignorat. action. l. sicut. C. de oblig. & action. l. ab initio. C. de nupt.*

Præsumptio vero de Abbate non sigillante, non hoc inducit, quasi renunciatio facta non sit, sed hoc tantum, quod de sigillatione requisitus non fuerit, quam etiam pater Rei fortasse non tam necessariam esse putavit, cum renunciatum revera esset, & renunciatio in scripturam redacta, quinimo à marito renunciantis suo sigillo confirmata, quod utique maritus non fecisset, nisi renunciatio antecessisset & revera facta fuisset.

Cui accedit & illa præsumptio, quod pater Rei intra biennium à tempore renunciationis factæ mortuus est, ut verosimile sit, exclusum etiam esse tempore, quo minus urgere potuerit Abbatis sigillationem, cum alias etiam traditum
98 sit, difficulter † impetrari consensum principis, cuiusmodi est Abbas in suo territorio, adeo ut pro impossibili habeatur, prout notavit Jason *in l. cum servus. alias incip. apud Julianum. § fin. ff. de legat.1.* & *ibid.* Zas. *num.6.* idem notat gloss. *in l. continuus. §. cum quis ff. de verborum obligation.* & faciunt quæ tradit Bartol. *in l. fin. num.2. C. de sentent. pass. & in l. si quis sub conditione. col.2. ff. de testamen. tutel.* Barbat. *in c. quoad translationem. extr. de offic. legati.*

Atque ex his omnibus satis apparet non tantum de renunciando tractatum, sed renunciationem etiam revera subsecutam fuisse, & id, de quo faciendo convenerat, conclusum.

Quibus omnibus magis atque præsumptionibus nudis actorum credendum est, cum & probationes per instrumentum pro reo stent, & simul præsumptiones plures, maiores & fortiores, quas aliis paucioribus, minoribus & infirmioribus præferri supra ostensum est, & præter illa præsumptiones, quæ pro reo sunt in concursu præsumptionum, fortiores & validiores esse censentur, quàm illæ, quæ sunt pro actore; *Alciat. de præsumption. regul.2. præsumpt.21. in fin. Blanc. in pract. crimin. ver. his sic præmissis, num.5. Curt. jun. cons.90. num.2. Cravet. cons.8. n.9. t.1. Menoch. de arbitrar. judic. quæst. lib.2. casu 472. n.25.*

Pacto autem de renunciando satisfieri debuisse, non obstante dispositione *d. l. pactum dotali.*
99 manifestum est, quia † nos versamur in terminis diversis, nimirum in pacto facto de renunciando hereditati acquisitæ, *d. l. pactum dotali.* non autem loquitur de pacto facto hereditati acquirendæ, viventis nimirum, de cuius hereditate controversia fieri possit, prout verba textus satis arguunt, ibi, *Nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur,* quomodo etiam Interpretes ibi communiter id pactum accipiunt.

Deinde quicquid sit de jure civili, certum est, pactum illud jure canonico observatis certis requisitis confirmatum esse, *in cap. quamvis. de pactis. in 6.* ut in terminis respondit Cephal. *consil.467. num.31. lib.1.*

Quod vero obiicitur de actu non perfecto, respondetur, quod illud sibi locum vindicet in individuis, ut sensit Alexand. *in l. divortio. col.10. ff. solut. matrim.* & in his quæ sunt de substantia formali, *d. l. cum Silanianum. Christoph. Portius in §. alio quoque. col.1. Inst. quib. mod. testam. infirm.*

At sigillatio Abbatis & scriptura à renunciatione est dividua, neq; ad formam eius substantialem pertinet, idque de sigillatione Abbatis expeditum est.

Quod autem † ad scripturam in præsenti casu 100
requisitam, atque adeo *ad d. §.1. & ad d. l. contractus.* attinet, procedunt illi textus, quando actum est inter partes, ut non aliter valeat contractus, nisi scriptura facta, vel quando contrahentes gerebant in animo, non prius contrahere, quàm scribatur, prout gloss. *in d. l. contractus. verb. in scriptis.* declarat, quam ceteri Doctores sequuntur, & gloss. *in d. §.1. verb. scriptura.* & gloss *in §. fin. verb. sancitam. authent. de instrum. cau. & fid.* clarius *in authent. at si contractus. verb. soli. C. de fide instrum.* & gl. *in l. cum res C. de probation. & in authent. sed novo jure. gloss. ult. circa finem. C. si cert. petat. & in l. testium. verb. in scriptis. C. de testib. Alberic. in d. l. contractus. colum.1.* ubi etiam dicit secundum mentem Speculatoris, quod solennitas illius *l. contractus,* hodie de consuetudine non observatur. Et idem quoad hoc, ut non dicatur perfectus contractus, requiratur, quod inter partes actum sit, quod contractus aliter non valeat, nisi fiat scriptura, tenet Angel. *in d. l. contractus. num.3. & consil.159. dub.2. num 8. & seq.* ubi de communi attestatur, & dicit practicam observare, quod licet conveniatur de rogando Notarium, quod tamen ideo non dicatur contractus fieri in scriptis, sed tantum ad probationem, & latissime Tiber. Decian. *consilio 64. num.17. usq; ad num.40.* ubi *num.24.* dicit, hodie talem consuetudinem & practicam passim observari.

Verum ab actoribus probatum non est ita convenisse, ut renunciatio aliter non valeret, nisi in scripturam redacta esset, adeoque cum † re- 101
nunciatio non sit de his actibus, qui scripturam requirunt, & enumerantur à gloss. *in cap.1. verb. in scriptis. de censib. in 6. & in l. contrahitur. ff. de pignor. action.* Andr. Sicul. *in rubr. extr. de constit. num.60.* non censentur partes voluisse renunciationem in scriptis fieri, ut si ita non fiat, non valeat, licet voluerint de ea instrumentum confici, nisi expresse dixissent, se velle in scriptis contrahere, & non aliter, *d. l. contrahitur.* ubi optimus textus, quod in obligationibus, quæ consensu contrahuntur, fiant scripturæ, quandoque ut quod actum est, per eas facilius probari possit, & tamen sine his valeat, quod actum est, si aliunde

habeat probationem, & declarat gl. *in d. §. 1. verb. scriptura*, ubi Dd. & Salic. *in d. l. testium. & in d. auth. sed novo jure.* Quamvis in præsenti casu recte negetur, renunciationem in scripturam redactam non esse, cum instrumentum renunciationis ad oculũ aliud & contrarium evidẽter demonstret.

Sed ut scriptura facta non esset, ad id tamen mater actorum atq; nunc etiam ipsi actores tenentur, siquidem etsi contractus qui per instrumentum celebrandus venit, prius considerabilis non est, quàm instrumentum fuerit secutum, partes tamen ad contractus celebrationem devenire coguntur, juxta not. *in d. l. contractus.* secũdum opinionem Azonis, Placentini & Castrensis, & deducit Cephal. *cons. 66. n. 19. & seq. lib.* 1.

Porro sigillatio mariti ad hunc etiam effectũ, quod uxor ipsius renunciavit, & renunciationi consensum accommodavit, non parum habet momenti. Est enim in confesso, partem actorum instrumentum renunciationis sigillasse, quod
102 uxorem † cum marito cohabitantem scivisse præsumitur, per ea quæ tradit Cravet. *consil. 123. n. 1. t. 1. & cons. 271 n. 8. usq; ad fin. t. 2* Roland. à Valle *cons. 19. num. 38. & seqq. volum. 1.* Cephal. *cons. 492. num. 32 lib. 4.* quippe quód ex coniecturis hæc scientia probetur, *Bartol. & alii in l. qui Romæ. §. duo fratres ff de verbor. obligat. Ruin. cons. 42. num 21 lib. 1. cum similibus.* quemadmodum etiam coniunctus præsumitur scire factum coniuncti, *Bursat. consil. 253. n. 43 lib. 3.* & domesticus factum domestici, *l. quicunq; C. de servis fugit. ubi Bal. n 7. l. consensu. § de servu. C. de repud.*

Unde cum non improbaverit, aut protinus contradixerit, sigillationem illam approbasse censetur, atque adeo renunciationem factam, & partibus suis absolutam præsumitur, ex vulgata regula, quod, qui tacet, consentire videtur, *juribus vulgatis.*

Etsi vero directo probari nequeat, quod maritus ab uxore sigillandi mandatum habuerit, ex
103 præsumptione tamen id colligitur, quod † familiaris præsumitur mandatum habere à familiari, *Bursat. cons. 294. num. 6 lib. 3.* & alias maritus dotorum ultra dotem procurator esse censetur, *Alexand. Bartol. Jason & cæteri in d. l. maritus. l. si maritus. ff. ad leg. Falcid. Bero. cons. 44. vol. 1. Bursat. cons. 303. nu. 15. lib 3.*

104 Non etiam obstat, quod obiiciebatur † de defectu iuramenti corporalis, quia, ut respondet Decid. *cons. 226. n. 4.* textus *in d. c. quamvis.* ubi ponderatur iuramentum loquitur in renunciatione hereditatis viventis, secus est in hereditate defuncti, de qua in casu nostro agitur. Nam in tali casu valet pactum absque iuramento, ut probatur *in l. 1 C. de pact. & in l. illud ff. de acquir. vel amitt. hered.* & declarat late Perusin. *in d. cap. quamvis.* & subiungit ibidem Decius, in hoc non esse dubitandum, atque ita omnes tenere *in d. l. 1. C. de pactis.* testatur & sequitur Cephal. *cons. 308. num 2. lib. 3. & consil. 501. num. 2. & consil. 751. num. 2. lib 5.* & ita videmus, quod quotiescunque Doctores vel docendo vel consulendo loquuntur de renunciatione hereditatis, & iuramentum requirũt, toties agant de hereditate viventis non defuncti, cui renuncietur. Quod idem suadet ratio *d. cap. quamvis.* quæ est, ut cum hereditas viventis, atque adeo pactum de ea factum simpliciter iure civili nullum sit, firmetur & subsistat, accedente iuramento, quæ ratio cessat, quando agitur de hereditate defuncti, & multo magis de ea, quæ iam delata est. Cessante † autem causa 105
dispositionis, ipsa etiam utique dispositio cessabit, *l. adigere. §. quamvis. ff. de jure patron. cap. cum cessante. extra. de appellation. Cephal. consil. 18. num. 6. lib. 1. cum similibus. de quibus latissime per Tiraquellum in tract. cessante causa. num. 125.* & cum *d. cap. quamvis.* sit iuris civilis correctorium, non debet extendi ultra casum suum, *juxta text. in l. præcipimus, in fin. ubi Bartol. C. de appellat. authen. quas actiones. C de sacrosanct. eccles. gl. in c. cupientes. §. quod si per viginti. de electione, in 6.*

Nec leve est, renunciationem sub fide factam esse, quia etsi iuramentum hoc corporale non sit, tamen non caret conscientiæ scrupulo & difficile est, ut quis consulat contra talem promissionem non simplicem, sed vi & effectu iuramento confirmatam venire, ut pie scribit Wesembec. *cons. 23. nu. 56. p 1.*

Quod in præsenti casu tanto est difficilius, quod præter clausulam promissionis sub fide, adiecta est clausula, In der allerbesten form / so das immer in Geistlichen und Weltlichen Rechten / oder sonsten am beständigsten kräfftigsten beschehen kan / soll oder mag. Et paulo post. Wie ewiges verziegs Recht / Gewonheit und herkommen ist / quæ † clausula cum iuramento pari passu ambulare dicitur, *Bartol. in l. si quis. in princip. num. 15. ff. de legat. 3. quem refert Bursat. consil. 307. num. 144. lib. 3.* eademque clausula facit valere actum, quomodocunque potest, *Jason & Doctores in §. omnium. Instit. de action. Alexand. consil. 112. num. 2. volum 3. Wesembec. consil. 1. num 27. p. 1. Joseph. Ludovic. decis. Perus. 117. num 5. Cephal. consilio 410. numero 4. lib. 3. & consil. 772. numero 39. lib. 5.* 106

Et alias in genere traditum est, † actum ita esse interpretandum, ut sustineatur, & valeat potius, quam ut pereat, *l. quoties. ff. de rebus dubiis. l. quoties. ff. de verborum obligat. cap. Abbate. extra. de verb. signific. Rol. à Valle consil. 65. nu. 16. & 17. vol. 1. & consil. 61. num 13. volum. 3. Cephal. cons. 146. n. 24. lib. 1. & cons. 216. n. 24. lib. 2. Decian. consil. 7. n. 103. vol 1.* atque in dubio validus potius, quam nullus habendus sit, *Decian. cons. 5. num. 62. volum. 1.* præsertim cum renunciatio hæc ex certi animi scientia, ut ex instrumento renunciationis apparet, facta sit, quæ † clausula facit, ut actus alioqui nullus & invalidus firmetur, *cap. 1. cap. veniens cap. confirmatum. extra de transaction. Bartol. in l. si constat. ff. de appellatio. Alexand. cons. 1 volum. 1. Bursat. cons. 47. num. 22. lib. 1. Cephal. cons. 302. num. 36. lib. 3.* & is qui valet, melior sit & validior, *gloss. in l. 1. in verb. & consentiant in fin. ff. de judic. Galiaul. in l. 1. §. si quis ita. colum. 7. versic. circa oppos. Bartol. ff. de verbor. obligat. Imol. in l. nemo potest. colum. 3. ff. de legat. 1. Alexand. cons. 112. vol. 3. Rimin. cons. 98. nu. 39. Cravet. cons. 326. n. 15. lib. 1.* 107 108

Et multæ aliæ, eæq; prægnantes, sæpiusq; iteratæ clausulæ & verborũ accumulationes instrumento renũciationis sint insertæ, quæ constantẽ atq; firmã voluntatem renunciãtis declarãt, *vulg. l. Balista. ff ad Senatusc. Trebel. Ias. in l. cũ filio n. 61. ff. de legat. 1.*

legat.1. Dec.consf.10.num.5. & consf.113.num.4. Castrens.consf.115.vol.1. Cravet.consil 10.nu.5.t.1.Bursat.consf.396.n.2.lib.4. Cephal.consf.58.nu.18.lib.1.Euerhard.in loco,à vi geminationis.

109 In specie autem accipienda est † in dubio potius interpretatio, quæ facit renunciationem valere, *d.cap.Abbate.l.3.ff.de minorib. Dec.in l.in contrahenda.ff.de regul.jur.l.si donatione.num.11.& seq. C.de collation.& in c.quoniam Abbat.num.16. extra.de offic.deleg.Alciat.de præsumpt.regul.3.præsumpt.34. Cephal.consil 308.num.18.lib.3. & consil.467.num.30. lib.4.*

Ceterum matrem actorum quantitatem patrimonii ignorasse non præsumitur, sed contrarium potius, per ea quæ deducit Wesembec. *consil.52.num.35.p.1.* Imo quod sciverit ex ipso instrumento renunciationis satis apparet, in quo dicitur, Wissentlich / auß rechtem erlebtem / bekandtem / guten Vernunfft / zeitigem Vorrath vnd Betrachtung. Quæ enim deliberato fiunt, & ex scientia, utique ex ignorantia non fieri natura contrariorum, evidentius arguit, quàm ut ulteriori demonstratione opus sit. Atque ex eo etiam præsumitur, quod certiorata fuerit, aut certe certa fuerit de patrimonio, ut ulteriori certioratione opus non habuerit, *per text.in l.1 in fin.ff de action.empti.c.eum qui certus. de regul.jur.in 6. tradunt Innoc. Barbat. & Canon.in cap.fin.extra.de empt.& vendit. Alexand consil 24 num.6. vol.4. & consil.138.num.3.vol.7. Bertrand cons.235.num.3. volum. 4.l.1.in fin. ff. de dote præleg. Jason in l.si quis in fundi.col.2.ff.de legat.1.Bartol.in l.2.col.1.ff.de verbor. significat.*

Multo minus læsio allegata obstabit, quia
110 qui † renunciavit non auditur renunciationi contraveniens, nisi de læsione appareat, ait Bursat. *consil. 32.num.3. lib.1.* utpote quæ dilucide ab allegante probari debeat. *Paris.consil.96.num.66. & seq. vol.1.* & quod læsio illa affuerit tempore actus gesti, qui rescindi petatur, *Cravet.consil.11. nu.17.t.1.Natta cons.353. Ari.Pinel.ad l.2.in fin.n.15. C.de rescind.vendit.*

Verum læsio illa non solum probata non est, sed contrarium potius apparet ex supradicta clausula, wissentlich / qua stante posito etiam quod adesset enormissima læsio, renuncians contravenire renunciationi nequit, per ea quæ tradit Felin.*in c.in præsentia.extr.de probation.* Dec. *consil.180.* ideoque pro cautela traditur, ut etiam ob enormissimam læsionem renuncians non admittatur, ut ponatur de scientia & informatione in instrumento, quam cautelam ponit Bursat.*cons.249.n 56 lib.2.*

His accedit tractatus ille inter curatores Rei, & E.sororem matris actorum, qui arbitrio Abbatis conclusus est hoc modo, ut E.acceptis mille quingentis florenis, hereditati sibi competenti renunciaret, quod Abbas arbitraturus non fuisset, si E. exinde læsum iri animadvertisset. Nunc vero si sexcenti floreni dotis datæ matri actorum, & præterea vestitus, clinodia, jocalia, & si quæ sunt eius generis alia simul computabuntur, parum abfuerit, ut non ad eandem summam id, quod actorum mater accepit, exsurgat, & bonus vir æque arbitraturus sit, ipsam læsam non esse.

Quod ipsum etiam confirmatur magis ex eo, quod etsi soror tertia N. ab initio idem quod mater actorum petierit, tamen ab eo demum destitit, neque reo unquam hereditatis nomine litem movit, haud dubie quod animadverteret sibi jus ullum amplius non competere, seque tantum accepisse, ut eo merito contenta esse debeat. Et sane cum mater actorum dotem acceperit, de qua convenerat, reputatur accepisse portionem suam integram, *Rube.consil.42.num.6. Bellon.consil.15.num.4. Cephal.consil.334.nu.11.lib.3. Grammat.decis.Neapol.57.num 37.& 38.* Adeo ut in præsenti casu cum dotem mater actorum acceperit, & se contentam dixerit super omnibus juribus ac bonis sibi debitis, non tam renunciatum, quam ipsi satisfactum esse censeatur, cuiusmodi satisfactione subsistente, neque mater actorum, neque actores ipsi aliquid petere possunt, ita distinguit Roman. *in d.l. qui superstitis.* quem sequuntur Dec.*in d.l.pactum dotali.num.18. vers. prædicta conclusio. & consil.181.col.4. vers.sed tamen verior.* Rube. *d.consil.42. num.5. vers. veruntamen.* Ripa *respons.6.num.2. vers.præmissis non obstantibus.lib.1.*Bellon.*d.cons.15.num.5. vers.limitatur tamen.* Bero.*consf.49. num.38. lib.1.* Roland.à Valle *cons.11.num.3.vol.1.* Cephal.*consf.642.num.36.lib.5.* Grammat. *d.decis.57.n.39.*

Sed & clausula illa, gantz freyes gemühts/ohn gezwungen/omnem exceptionem erroris, læsionis, & quascunq; alias tollit, per doctrinam Bartoli *in l.sed si.ff.si quis caution.l.non fatetur. ff. de confess.*Bald.*in l.mater.C.de rei vindicat.* Ruin.*consil.16. col.2.vol.4.*Cravet.*consf.643.n.4. & consf.846.n.48.* præsertim marito renunciantis aut satisfactæ præsente, & id quod agebatur confirmante, per ea quæ tradit Cravetta *cons.114.n.3 t.1.* Cephal. *consf.109.n.15.lib.1.*

Ceterum posito renunciationem factam non esse, aut non eo modo, quo oportet, ut ex eo pro nulla sit habenda, est tamen cumprimis attendendum, quod † utrinque in confesso est, ita in 111
pactis dotalibus convenisse, ut mater actorum accepta dote renunciaret, quam dotem cum acceperit, promissio futuræ renunciationis omnino ab ipsa impleri debuit, *l.1.ff de pact.l.1 ff.de const. pecun.l.cum amplius.§.in natura.ff.de reg jur. Dd.in rubric.ff.de verb.obligat.* atque nunc ab ipsius heredibus, *Dec.cons.262.nu.5.* etiamsi mater de facto suo tantum promisisset, *Ripa in l.si constante. num.87. ff.solut.matrim.cum multis aliis relatis per Tiraquell.de retract.convent.§.1.gl.6.nu.4.& seq.*

Nam † ex pactis in continenti appositis in 112
contractu agi potest ad id, ut impleantur, & fiat quod conventum & promissum est, *l.2. C.de pact. inter empt & vend. Canon.in c.1.de pactis.in 6. Legistæ in l.lecta.ff.si cert.pet. & in l.jurisgentium. §.quinimo. ff.de pact. Ang.cons.199.*

Et † quamvis jure civili ex pacto nudo actio 113
non detur, *d.§.quinimo.l.lege.C.de pact.* ut pro regula tradunt Socin.*regul.14.* & Duen.*regul.11.* de jure tamen canonico secus est, quo ex nudo etiam pacto actionem dari tradunt Canonistæ *in d.c.1.& c.3.de pact.* Legistæ *in d.l.juris gentium.§.igitur nuda.* Wesemb.*cons.31.num.11.* eamque communem esse dicit Alciat.*in rubr. ff. de verb.obligat. num.9.* & *ibidem* Galiaula *num.16.* idem Alciat.*in d.c.cum*

*d.c.cum contingat.n.*173. Fortun.Garz.*in c.*1.*nu.*10.
& seq.extra.de pact. Wesemb.*conf.*38. *num.*20.*p.*1.
Corn.*conf.*2.*vol.*1. Villalob. *in thes. commun. opin.
lit.A.nu.*14. & non in ecclesiastico tantum, sed et-
iam in seculari foro receptam esse asserit Jason
*in d.l.jurisgentium.§.sed cum nulla.num.6.vers.secundo
extende.* Joseph.Ludov.*decis.Perus.*9.*nu.*26. & ve-
ram esse, atq; sequendam, scribit Wesemb.*in pa-
rat.ff.de pact.n.*8.*vers.etsi autem hac de re.*

Pacta enim servanda sunt, juxta text.*in l.quod
semel. ubi gloss. & Bart. ff.de decret. ab ordinib.faciend.
& in l.item eorum qui. ff. quod cujusq; universit.nomi-
ne. Bart.in l.omnes populi. ff. de justit.& jur. Alexand.
cons.*101.*volum* 1.*& cons.*215.*col.*2.*&* 3.*vol.*2. siqui-
dem quicquid paciscentibus placet, legis habet
vigorem, *l.legitima. ff. de pact. Bald.cons.*213. *in fin.
vol.*3. *Dec.cons.*638.*n.*1.

Quin igitur adversus matrem actorum si et-
iamnum viveret, neq; dum renunciatio facta es-
set, actio reo competeret, atque adeo quin nunc
adversus actores competat, dubium non est.

At cum nunc in terminis exceptionis opposi-
114 tæ versemur, & cui † actionem damus, multo
magis exceptionem concedamus, multo minus
dubium est, quin exceptio hæc rectissime acto-
ribus opponatur, *l.invitus.§.cui damus.ff.de reg.jur.*
quia facilius conceditur exceptio, quàm actio,
*per d.§.igitur nuda. l.*1 *§.si autem. ff.de superficieb.c.qui
ad agendum. de procurat.in* 6. *Dec.cons.*475.*nu.*4.*&
cōs.*614.*n.*8.*Jas.cōs.*172.*col.*2.*vers.si ergo isti.lib.*4.*Ruin.
cons.*18.*nu.*20.*vers.quamvis.vol.*1. *Paris.cons.*23.*n.*90.
*vol.*1.*Bursat.cons.*16.*n.*36.*lib.*1.*Decian.cons.*68.*nu.*18.
*vol.*2.*& cons.*46. *nu.*11.*vol.*1. atq; ei etiam datur ex-
ceptio, cui alias agere denegatum est, *per text.in l.
pure.in fin. ff de doli except. cum multis similibus addu-
ctis per Socin.cons.*99.*col.*1.*in fin.lib.*1.*& cons.*90.*n.*3.
*in fin.lib.*4. *Curt.jun.in l.petens, num.*14. *C. de pactis.
Duen.reg.*36.*limit.*7 *nu.*7.

Postremo si & omnia illa, quæ hactenus de-
ducta sunt, attendenda non essent, ut tamen om-
nino judici circumspecto attendenda & diligen-
ter examinanda sunt, tamen vel unicum hoc ad
elidendam actorum actionem sufficeret, quod
ipsi fatentur patrem suum, cui etiam heredes ex-
titerunt instrumentum renunciationis produ-
ctum suo sigillo confirmasse, & præterea pro-
misisse sub fide sua pro se & heredibus suis, om-
nia illa, quæ in instrumento illo continerentur,
servare & custodire, his verbis, Daß solches
mein gut wissen vnd gefallen ist. Et mox, Gerede
auch demnach solches bey meinen guten wahren
Trewen vnd Glauben an Eydesstatt beneben
meiner Gemahelin stett / fest vnd ohnverbrüch-
lich vor mich / meine Erben vnd Erbnemen zu
halten.

Promissionem autem servandam esse, nec
quenquam contra factum suum proprium ve-
nire posse, supra multis authoritatibus allegatis
115 comprobatum est, quod † non tantum proce-
dit, si factum sit validum, verum etiam si de jure
non teneat, ita dicit gloss. *in l transactione finita. C.
de transaction. & in l. penult. C. de testament. milit.*
Dd.*in l.cum profitearis. C. de revocand.donation.* So-
cin.sen, *cons.*164.*volum* 4. nec admittitur quis ad
allegandam propriam turpitudinem, ut revo-
cet à se factum, *Dd. dictis locis.* Quod cum de sim-
plici promissione etiam verum sit, quanto ma-
gis locum habebit in promissione jurata, cuius-
modi est hæc patris actorum promissio, quippe
sub fide sua loco juramenti præstita, quæ † fidei 116
interpositio juramento comparatur in hoc ca-
su, cum non sit de forma huius promissionis
substantiali, quod communiter ita placuisse,
multis allegationibus confirmat Andr. Gail.2.
*observat. practic.*59. Mynsing.*cent.*1. *observat.*17.*&
centur.*4.*observat.*20. idemque probat Sichard.*in
l.fin.num.*13.*C.de edicto D.Adr.tollend.* eamque clau-
sulam, Bey meinen guten wahren Trewen vnd
Glauben an Eydes statt/idem operari quod ju-
ramentum, consuluit Paris.*cons.*110. *nu.*6. *&* 40.
*vol.*1.Mantua.*cons.*70.*nu.*7.*vol.*2. Natta *cons.*479.
*n.*11.*& cons.*480.*nu.*12.*&* 13.*vol.*3. Bursat.*cons.*306.
*nu.*12 *lib.*3.Mich.Grassus *commun.opin.lib.*1.*quæst.*
4.*in fin.cap.*3.

Juramentum † enim omne servandum est, 117
quod absq; dispendio salutis æternæ servari po-
test, cuiusmodi est illud, de quo agimus, *d.c.cum
contingat,c.licet mulieres. de jurejur.in* 6. *d.authen.sa-
cramenta puberum. Butri.Felin. & ceteri in cap.cum sit
generale.extr.de foro compet. Anton.Gabriel.late com-
mun.conclus.lib.*2.*de jurejur.conclus.*6. & indistincte,
sive quis maior sit, sive minor, sive læsus, sive non
læsus, nulla causa est, ex qua juramento contra-
veniri possit aut debeat, *Castrens.in d.authent sa-
cramenta puberum. num.*8.*&* 9. Wesembec.*cons.*23.
*num.*50.*& seq.p.*1. *Gail.*1.*observat.practic.*22.*num.*1.
idque procedit, etiamsi contractus de jure civili
alioqui nullus esset. quem ipsum facit valere, *d.c.
contingat.d.c.quamvis, ubi late Didac.Covar. Dec.con-
sil.*202 *num* 2.*&* 3. *& plures allegat Gabriel d.tit.de
jurejur. conclus.*8.*& seq.*

Et cum hæc clausula juramenti in fine instru-
menti sit posita, ad omnia omnino capita renun-
ciationis eo instrumento comprehensa referri
debet, *per l. talis scriptura. in fin. ff. de legat.*1. *l.*3.
*§. penultimo, ff. de liberis & posthumis, cum simi-
libus.*

Accedit hisce sigillatio patris actorum, quâ
instrumentum † atq; adeo contractum eo com- 118
prehensum omnimodo approbavit & confir-
mavit, *per tradita à Baldo in c.*1.*verb.imperial.clement.
n.*7.*de pace Constant.Roman.cons.*303.*num.*2. *Schurff.
cons.*17.*num.*13.*centur.*3. *Capel.Tholos.decis.*24. *Cra-
vet.de antiquit.tempor.p.*1. *§. quæritur. num.*44. *Bur-
sat.cons.*39. *num.*26.*lib.*1. *Cephal. cons.*141. *num.*11.
*lib.*1. & plus operatur quam subscriptio, ut voluit
Purpurat. *in repetit.d.l.admonendi. n.*117. quem al-
legat & sequitur Wesembec. *cons.*14. *num.*3. *p.*1.
cum tamen subscribendo quis prorsus censea-
tur consentire in contractum, itemque plene
probate *per l.sicut. §.non videtur. vers.sed si subscripse-
rit.ff. quibus modis pign. vel hypoth solvat. l.si ego. §.do-
tis. ff. de jure dot. l. final. §. subscriptionem. Cod. de
jure deliber. Bart.Ang.Fulgos.Jason & alii communiter
in l.emptor.§.Lucius.ff.de pactis.*

Quemadmodum vero pater actorum, si vi-
veret, huic suo facto & promissioni contraveni-
re non posset, atque adeo nec actionem ullam
contra reum intentare, ita nec actores huic pro-
missioni contravenire possunt, cum sint here-
des patris sui. Heredes † enim non possunt fa- 119
ctum defuncti impugnare, aut ei contravenire,

P *l.filius.*

l. filiusfamilias. §. cum pater. ff. de legat. 1. l. unum ex familia. §. sed si uno ff. de legat. 2. l. successores. C. de solution l. cum à matre. C. de rei vindicat. l. uxor. C. de bon. autorit judic. poßid. Roman. conf. 140. in fin. Iason consil. 238. colum. 2. vol. 2. Ruin. conf. 1. num. 13. & conf. 7. num. 39 vol. 1. Mantua. conf. 71. num. 14. vol. 2. Decian. conf. 51 n. 157. vol. 1. & conf. 56. nu. 23. vol. 2. & conf. 55. n. 87. vol. 3. Roland à Valle conf. 2. n. 40. vol. 1. Menoch. conf. 89. n. 5. & conf. 99. nu. 193. & conf. 44. num. 20. & conf. 87. n. 91. lib. 1. & conf. 124. nu. 5. Quin potius heredes factum defuncti omnino ratificare tenentur, Ruin. conf. 25. n. 11. vol. 2. Afflict. decis. Neapol. 285. nu. 11. Tiraquell. de retract. lignag. §. 1. gloss. 9. n. 48. etiamsi hereditas non fuisset lucrosa, secundum Bald. Ang. & Castrens. in d. l. cum à matre. & heredes niterentur propriis personis & propriis juribus, d. l. cum à matre. l. si ab eo. C. de negot. gest. l. venditrici. C. de reb. alien. non alienand. l. 1. ff. de except. rei vendit. l. Seja. ff. de eviction. l. filium. ff. de liber. causa. & est de mente glossa in l. si tibi. C. de evict. Bursat. consil. 138 nu. 38. lib. 2.

Et in specie quod heres teneatur servare promissionem juratam defuncti, tradit Bald. in l. fin. col. penult. vers. sed hic incidenter quaero C. de pact. Bartol. in l. cum quis decedens. § codicillis ff. de legat. 3 per l. quod obtinet. C. de probat. & tradunt omnes in d. cap. quamvis. Alexand. conf. 7 col. 2 in fin. vol. 6. Dec. consil. 639 n. 16. Ruin. conf. 35 n. 10. vol. 5. si non virtute juramenti saltem ut defuncti conscientiam exoneret, Abbas in c. cum sit generale. nu. 22. extra. de foro compet. Ruin. conf. 20. n. 2 vol. 4. Menoch conf. 24. n. 22. & seq. lib. 1. Quae omnia nituntur ratione optima, partim quod heres adeundo hereditatem dicitur quasi contrahere & obligare se ad implendum omnia, quae defunctus implere tenebatur, §. heres quoq;. Inst. de obligat. quae quasi ex contract. l. apud Iulianum. in fin. ff. ex quib. caus. in possess. eat. l. ex maleficiis. §. heres ff. de obligat. & act. Menoch. conf. 115. n. 59. partim quod repraesentat personam defuncti, in authent. de jurejur. à mor. praest. Menoch. conf. 89 n. 7. & conf. 99. n. 107. lib. 1. & conf. 124. n. 19. maxime in obligatione ac jure creato tempore mortis, text. est in l. pro hereditariis. C. de hereditar. action. Roland. à Valle conf. 50. num. 8. vol. 2. & conf. 6. n. 15. vol. 3. Hieron. Gabriel. conf. 106 n. 5. & 6. ideoque heredem praecise teneri, sicut tenebatur defunctus, respōdit Alciat. resp. 156. n. 3. & factū heredis reputatur factū defuncti, ut late deducit Dec. cōs. 281. n. 5. & post eum Menoch. conf. 89 n. 58. vol. 1.

Hisce ita stantibus, evidentissime apparet, reū multiplici titulo munitum, atq; adeo actorum intētionem exceptionibus oppositis elisam esse.
120 Communis enim est Dd. opinio, † hereditatis petitionem non dari contra possidentem titulo, de qua attestatur Zuchard. in l. fi. n. 464 C. de edict. D. Adr. toll. Did. Covar. lib. pract. quaest. c. 12. nu. 2. Menoch. de adipisc. possess. remed. 1. n. 61. Socin. reg. 364. etiamsi titulus iste acquisitus esset post mortem eius, de cuius hereditate agitur, ut tradit Cacher. decis. Pedem. 56. n. 3. Ut ex his concludendū omnino sit, reum ab intentata actione absolvendum, expensas vero compensandas esse.

Decanus & caeteri Doctores facultatis Iuridicae in Academia Marpurgensi subscripserunt & sigillarunt mense Septemb. ann. 1588.

CONSILIUM XVIII.

Quod est

HERMANNI VULTEII

Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Conclusio attendenda est in investigando genere actionis.*
2 *Pignoratitiae actionis forma.*
3 *Actionis nomen ut exprimatur necesse non est.*
4 *Exceptio libelli inepti semper & quandocunq; opponi potest.*
5 *Sententia super inepto libello lata nulla est, etiamsi de eo non excipiatur.*
6 *Iudex de nullitate sententiae super libello inepto latae pronunciare debet.*
7 *Libellus ineptus non est, ex quo apparet de jure agentis.*
8 *Argumentum à contrario sensu est licitum.*
9 *Heres repraesentat personam defuncti, & nu. 10.*
11 *Reluitionis & redemptionis vocabulis promiscue utimur.*
12 *Ineptitudo non apparens non est curanda.*
13 *Verba libelli ita sunt interpretanda, ut libellus sustineatur.*
14 *Interpretatio ita facienda est, ut prosit actori.*
15 *Actoris libellus declaratur ex probationibus & positionibus.*
16 *Actionis titulus non habetur in consideratione, sed debiti causa & origo.*
17 *Verba intentioni deservire debent.*
18 *Clausula salutaris adjecta libello, purgat ejus ineptitudinem.*
19 *Clausula salutari interpellatur judex de officio suo.*
20 *Apices in consistorio summi principis tam rigide non attenduntur.*
21 *Acta notorium faciunt.*
22 *Dominii exceptio objici potest actione personali agenti.*
23 *Dominium negatum est probandum.*
24 *Dominium est probationis difficilis.*
25 *Pignoratitia agi potest etiam de re aliena pignori data.*
26 *Qualitas est probanda.*
27 *Confeßio omnium probationum optima.*
28 *Actio defuncti est actio heredis.*
29 *Heredis mei heres etiam meus est heres.*
30 *Contravenire nemo debet suo facto.*
31 *Heres non potest aut debet contravenire facto defuncti.*
32 *Pignoratitia actio non datur nisi soluto debito.*
33 *Instrumentum privatum non facit fidem contra tertium.*
34 *Sub: & obreptitie impetrata non valent.*
35 *Oblatio realis necessaria est ad effectum consequendae actionis.*
36 *Contractum implere oportuit eum, qui ex contractu vult agere.*
37 *Actio non datur pendente conditione contractus.*
38 *Conditio formam inducit.*
39 *Exceptionis non impleti contractus natura.*
40 *Paria sunt, omnino non fieri, aut fieri quidem, sed non legitime.*

41 *Non entis nulla sunt qualitates.*
42 *Oblatione extrajudiciali debitor liberatur, si realis sit. & num. 44.*
43 *Oblatione judiciali tametsi verbali, debitor liberatur.*
45 *Pactum censetur non factum, si per eum steterit, cujus interest.*
46 *Pluralitas actuum non præsumitur.*
47 *Falsum censetur non verosimile.*
48 *Præsumptio præsumptionem tollit.*
49 *Arbitrio judicis relinquitur in dubio æstimare, unà ne sit summa, an plures.*
50 *Retentionis jus.*
51 *Transactiones stricti juris sunt.*
52 *In appellationis causis non deducta deducam, & non probata probabo, quomodo sit intelligendum.*
53 *Instrumenti verba sunt attendenda.*
54 *Scientia rei alienæ malam fidem inducit.*
55 *Instrumentum penes se habens eo ipso in mala fide constituitur.*
56 *Malæ fidei possessor non præscribit.*
57 *Possessionis titulum sibi quis mutare non potest.*
58 *Juri reluendi & redimendi non præscribitur.*
59 *Interveniens de interesse suo docere debet, antequam audiatur.*
60 *Interventio non est admittenda, si sit impertinens.*
61 *Articuli intelliguntur admitti sub clausula, salvo jure impertinentium & non admittendorum.*
62 *Pares Curiæ judicant inter dominum & vasallum.*
63 *Universalis particula effectus.*
64 *Victus victori in expensas est condemnandus.*
65 *Appellans in dubio malam causam fovere præsumitur.*

Diligenter lectis, & accurate examinatis actis & actitatis in causa vertente inter nobiles & validos de P. eorumque consortes ex una, & E.R. ex altera, & A.C. ex tertia partibus, ex conclusione libelli in priori instantia oblati actionem pignoratitiam directam ab actoribus contra reum intentatam esse animadverto, quam in
1 genere † actionis investigando attendendam esse, notant Bartol. *in l. si prius. in 5 oppos. 2 part. ff. de oper. novi nunciat. & in l. certi conditio. in princip. ff. si certum petatur.* Angel. *in §. omnium. Instit. de actionibus. & ibidem* Jason *num. 128. & Zasius nu. 21. & seq.* Innoc. *in c. super literis. extra. de rescript.* Anton. de Butr. *in c. litera. extr. de dilation.* Frid. de Sen. *cons. 25.* Castrens. *cons. 6.* Tiber. Decian. *cons. 130. n. 2. vol. 2.* Bursat. *cons. 234. nu. 3. lib. 3.* Cephal. *cons. 393. nu. 163. lib. 3.* Mynsi. *resp. 25. n. 2.*

Petunt enim actores oblatione & depositione debiti in vim solutionis facta pronunciari, bona quæstionis à nexu pignoris liberata, ideoq; reum ut heredem creditoris, & possessorem bonorum ad restitutionem eorum una cum fructibus & interesse faciendam condemnari, quam
2 formam † esse instituendæ actionis pignoratitiæ directæ, tradit Zas. *in § actionum. nu. 67.* & ibidem Angel. *nu. 59.* Myns. *nu. 74.* & ceteri communiter *Instit. de action.* Sichard. *ad rubr. C. de pignor. & hypothes. num. 33.*

Atque modo dictam actionem intentatam esse ipsi actores in actis sæpius fatentur, ut si de eo alias dubitari posset, vel ex hoc solo id satis constet, cum alias † actionis nomen exprimere 3
de jure non teneantur, *per cap. dilecti. extr. de judic. gloss. in l. 2. verb. si aptam. C. de formul. sublat. Dd. in l. 1. ff. de edendo. & in l. edita. C. eod. & in dicto §. omnium.* Wesembec. *consil. 41. num. 13. p. 1. ubi de communi attestatur.*

Etsi vero reus in priori instantia non opposita ulla ineptitudinis libelli exceptione super eo litem negative sit contestatus, atque eousque processum, ut sententia definitiva lata sit, à qua reus simul & interveniens appellavit, tametsi de appellationum illatum formalibus nihil mihi constet: tamen nunc demum in hac appellationis instantia reus in exhibitis suis gravaminibus de libelli ineptitudine excipit, ex eo fundamento, quod ab actoribus pignoratitia sit instituta, cum tamen bona quæstionis pignorata non sint, sed vendita sub pacto retrovenditionis: cuiusmodi † exceptionē ineptitudinis semper & 4
quandocunq; opponi posse etiā post sententiā, notant Abb. & Felin. *in c. ex parte. el 2. extra. de offic. deleg.* Dd. *in cap. examinata. extra. de judic.* ubi citant inter alia *cap cum dilecti. extr. de empt. & vendit.* Bald. & Angel. *in l. tale pactum, §. qui procuravit. ff. de pact.* quia † sententia lata super inepto libello 5
nulla sit, etiamsi pars non opposuisset, *per textum singul. in d. cap. cum dilecti.* adeo † ut judex appella- 6
tionis talem sententiam super inepto libello latam reformare nequeat, sed necessitatio super nullitate pronunciare debeat, *Bald. in l. 2 num. 18. C. de rescind. vendit. & in l. actori. num. 3. C. de reb. credit allegans ad hoc gloss. in §. 1. verb. secundum. Instit. de obligation. Felin. in cap. literis. num. 5. extra. de offic. deleg. Phil. Franc. in cap dilecti. num. 78. extra. de appell. Socin. in cap. 2. num. 32. & 118. extra. de libell. oblation. Vant. de nullit. sentent. ex defect. process. numero 22. & 23.*

Verum cum ex libello actorum jus agendi quod habent, satis appareat, pro inepto † utique 7
habendus non est. *gloss. in d. l. 2. verb. si aptam. & ibidem Dd. communiter, glos. notab. in l. 2. §. circa primam. verb. sine causa. ff. de doli mali & met. except. Matthesil. sing. 9. num. 1.* ubi pro regula tradit, libellum ineptum eum dici, si ex eo cōstet, actori actionem non competere, ut à contrario sensu, quod † ar- 8
gumentum in jure licitum est & validum, *l. 1. §. hujus studii. ff. de justit. & jur. l. cum lex. ff. de legib. l. qui testamento. §. mulier. ff. qui testam. fac. poss.* ineptus ille libellus dicendus non sit, ex quo constare potest, actori actionem competere.

Ut enim ex posterioribus patebit actores jus habent bona quæstionis recuperandi pecunia debita soluta, sive id fiat per reluitionem sive per redemptionem ex pacto de retrovendendo.

Neque verum est, nos in nudis pacti de retrovendendo terminis versari, siquidem in transactione inter nobiles de P. ex una, & T.R. antecessorem E. nunc Rei anno 1545. facta, & utrinque approbata, usi sunt vocabulis magis proprie oppignorationem, quàm pactum de retrovendendo importantibus, videlicet, Was die von Papenheim ferner in Verschreibung haben/

& mox. Gegen Erlegung deß gebührlichen Pfandschillings / & iterum, zur lose / ut inde appareat, perinde tum fuisse utriq; patti quocunq; nomine conventio illa appellaretur, atque adeo quacunque actione ex ea ageretur, ut quod an-
9 tecessori E. nunc rei placuit, id ipsi † E. ut heredi displicere non debeat, & qua actione antecessor ipsius conveniri potuit, eadem sese nunc convenire patiatur, *per cap. is qui in jus. de reg. jur. in 6. l. heredem. ff. eodem. l. unica. C. ut action. ab heredib. Tiraquell. in tract. de jure primigen. quaest.* 40. *num.* 45. & 46. *Cephal. conf.* 650. *num.* 4. & *conf.* 775. *numer.* 13.
10 *lib.* 5. cum † defunctus & heres censeantur esse una eademque persona, §. 1. *authent. de jurejurand. à morient. praestit. Dec. conf.* 281. *numer.* 5. *Bursat. conf.* 412. *num.* 18. *lib.* 4. *Cephal. conf.* 100. *num.* 5. *lib.* 1.

11 Praesertim quod † alias etiam verbis in pacto de retrovendendo & in contractu pignoratitio, atque adeo verbis etiam reluitionis & redemptionis promiscue utamur, ut videre est apud Mynsing. *respon.* 31 *per discursum*, in quo, cum in terminis loquatur de actione, quae est ex pacto de retrovendendo, utitur tamen vocabulis *oppignorationis* & *reluitionis*, quae magis proprie ad contractum pignoratitium pertinent.

Est vero in causa praesenti id etiam attendendum, quod actores sese non solum in instrumentis antiquis, sed in supradicta etiam transactione in libello suo fundant, quae transactio cum instrumenta illa antiqua interpretetur de contractu pignoratitio, eaque facta sit pars libelli, sane aliter fieri non potuit, quam ut pignoratitia nunc ageretur, quod cum reus ipse ab initio sine dubio satis intellexerit, exceptionem illam omisit, quam nunc ad protelandam causam obiicit.

His accedit, quod ut maxime aliqua hic sub-
12 esset ineptitudo, ea tamen † ut non apparens attendenda non sit, per ea quae deducit Bald. *in l. certa ratione. num.* 5. *C. quando provoc. non est ne-*
13 *cess.* Vant. *in dicto tit. de nullitat. num.* 22. sed † verba potius impropriianda, ut libellus sustineatur, *per textum in l. si quis intentione. ff. de judic. ubi Curt. jun. num.* 5. *cap. auditis. cap. veniens. extra. de in integr. restitut. Bartol in l. sed etsi possessori. §. item si juravero. ff. de jurejurand. & in l. si re debemus. num.* 6. *ff. de verborum obligation. & in l.* 1. *C de usufr. & in l. si olei. C. de locat. Alexand. conf.* 121. *num* 3. *volum.* 1. *Corn. conf* 288. *colum.* 3. *volum.* 3. *Jason conf.* 112. *in fin. volum.* 4. *Mynsing. centur.* 4. *observat.* 5. *Gail.* 1. *observat.*
14 *practic.* 61. *num.* 16. & † interpretatio ita facienda, ut magis prosit actori, ut notat Bartol. *in l. stipulationes non dividuntur, colum. penult. versic. tertio moveo. ff. de verborum obligation.* & dixit Innocent. *in dicto cap. examinata*, quod verba libelli debent interpretari, prout favorabilius est libellanti, & ibidem Panormitanus *num.* 18, ait, verba libelli late intelligi debere, ut includat intentionem libellantis: & ultra haec, quod nimirum verba libelli intelligenda sint secundum intentionem actoris, est glossa *in cap. cum ad sedem. extra. de restitut. spoliat. & in cap. petitio. de procurator. & in authent habita. verb. optione. C. ne fil. pro patre. cum aliis citatis per Doctores, maxime Ripam in l. naturaliter. §. nihil commune. num.* 134 *& sequen. ff. de acquirenda vel amittenda possessione*, & ex probationibus, † positionibus, ac caeteris, quae sequuntur, petitio- 15
nem actoris declarari, tradunt Speculat. *in tit. de libelli concept. §. nunc videmus.* Innocent. *in cap. cum dilectus. extra. de ordin. cognit. & in c. caeterum. extra. de judic.* & post alios Ripa *in d. §. nihil commune. n.* 137. Riminald. *conf.* 98. *n.* 29. *lib.* 1. Magon. *decis. Lucens.* 48. *nu.* 12. *& seq.*

Hinc est, quod dicitur, actionis † titulum non 16
haberi in consideratione, sed debiti originem & causam, *Tiber. Decian. conf.* 11. *n.* 10. *vol.* 1. & libellum valere, etsi nomen actionis expressum sit minus aptum, secundum communem Doctorum sententiam, de qua Villalob. *in thes. comm. opin. lit. A. n.* 35. ex eo quod generaliter est traditum, quod cum de intentione sive jure alicuius constat, de verbis curandum non sit, quia † non intentio 17
verbis, sed verba intentioni deservire debent, *text. sing. in c. intelligentia. & in c. in his. extr. de verbor. significat. c. humanae vires.* 32. *q* 5 *cap. sedulo. distinct.* 38. Lingua enim cedit cordi, ut inquit Bald. *in cap. mandatum. colum.* 1. *extra de rescript.* atque non de verbis, sed de rebus disputandum est, *l. Labeo. §. sed de his. ff. de supellect. leg. l.* 3. *§ conditio. ff. de adimend. vel transfer. legat.*

Quod si vero omnino aliquid ineptitudinis subesse videatur, id omne † per clausulam salu- 18
tarem libello adiectam purgatum existimabitur *secundum Innocent. & Joan. Andr. in c.* 2. *extra. de ord. ne cognitien. Bald. in l.* 1. *ff. de except. rei jud. Capic. decis. Neap.* 10. *in fin. & decis.* 86 *nu.* 16. *Capel. Tholos. decis* 233 *n.* 1. *Vant. in d. tit. de nullit. ex def. process. n.* 25. *Gail.* 1. *observat.* 61. *num.* 12. & *observat.* 108. *num.* 7. *Mynsing. cent.* 6 *observat.* 93. quia † clausula salutari 19
libello adiecta videtur judex interpellatus esse, ut officium suum etiam non petitum impartiri possit, *per c.* 2. *extr. de offic. ordin. Jason post Ang. in d. §. omnium. nu.* 147. *& in l. petens. C. de pactis. Natta consil.* 532. *n.* 32. *vol.* 3. *Curt jun. conf.* 30. *num.* 16, *volum.* 1. & debet judex ex clausula salutari in judicando rei gestae duntaxat veritatem, quae ex actis constat, non solam petitionem actoris respicere, *Innocent. in d. c. examinata. Guido Pap. conf.* 4. *nu.* 3. & *conf.* 43. *nu.* 6.

Idque cumprimis procedit, si † controversia 20
ventiletur coram summo principe, aut eius consistorio, prout hoc casu fit, quia Camera Imperialis potest judicare ex processu nullo ob ineptitudinem libelli, & rejectis ambagibus veritatem sequi, adeoque aequitatem non scriptam praeferre rigori scripto, ita regulam illam de ineptitudine libelli limitat Andr. Gail. 1. *observat. practic.* 66. *in fin.* & late confirmat idem Gail. 1. *observat. practic.* 42. *per discursum.* Mynsinger. *centuria* 1. *observatione* 27. & *centuria* 4. *observatione* 61.

Quare cum ex actis de veritate huius controversiae satis superque constet, dubium non est, Dominum judicem exceptionem hanc ineptitudinis libelli nunc primum in instantia appellationis obiectam attenturum non esse.

Caeterum ad merita huius causae quod attinet, illud in cōfesso est, bona quaestionis esse bona feudalia, de quib. olim nobiles de P. ab A. C. fuerūt investiti, eadēq; bona à jā dictis nobilibus cū cōsensu Abbatis W. tradita esse antecessorib.

Rei

Rei conventi, quin & illud in confesso est, actores reo in redemptionem sive reluitionem istorum bonorum aliquid obtulisse & deposuisse,
21 ut hisce diutius insistendum non sit, sed † utpote ex actis notoria, *per ea quæ multis allegatis deducit Menoch. de arbitrar. jud. quæst. lib. 2. casu* 458 *n. 15. Capel. Tholos. decis.* 199. *n. 3. Cephal. cons.* 685. *num. 36. & cons.* 770. *n. 26. lib. 5. Gail. 1. obser. pract.* 131. *nu. 10. & 2. de pace publ. 6. num. 15.* Wesembec. *cons. 1. in princip.* allegari sufficiat, *c. super eo. extr. de testib. cogend. & ibid. gloss. in verb. non requirant. Guido Pap. decis.* 221. *n. 3. Capel. Tholos. decis.* 441. *n. 2. Mynsi. cent. 6 observ. 3. nu. 4. Gail. 2. observat. pract.* 31. *in fin. & observat.* 46. *num. 21. Cephal. cons.* 624 *nu.* 48 *& cons.* 771. *num. 1. lib. 5. Roland à Valle cons.* 87. *n. 23. vol. 1. Nic. Euerhard. cons.* 138 *n. 9.*

Verum actoribus nullum reluendi aut reemendi jus competere, & reus conventus & interveniens quibusdam argumentis evincere conantur, quæ eadem ex priori instantia in gravaminibus suis in posteriori productis interveniens repetit, reus autem quibusdam, quibus prius usus erat, omissis in gravaminibus suis nova proponit, de quibus omnibus sigillatim videndum est, ut appareat, utrum in priori instantia bene an male judicatum, atq; adeo utrum prior sententia confirmanda an reformanda sit.

Et Rei quidem conventi exceptiones, quibus actionem propositam elidere conatur, potissimum sunt sex; una est dominii, altera cessionis juris sui factæ ab actoribus Galandicis, quas duas tamen in gravaminibus præteriit; tertia, quod actores non sint heredes nobilium de P. quarta, quod non sit satisfactum pactis, sub quibus reluitio facienda esset, quas duas exceptiones & in priori & in posteriori instantia repetit; in instantia appellationis de novo additur quinta, præscriptionis nimirum juris emphyteutici; & sexta, quod non bona ipsa quæstionis, sed pensiones duntaxat venditæ sint, & hæ solæ redimi debeat.

22 Sane quod is † contra quem actione aliqua personali agitur dominii exceptionem agenti obiicere possit, text. est *in l. qui rem. ff. depositi.* & in specie de actione pignoratitia id tradit Alex *in l. si rem alienam. ff. de pig. act.* Salic. *in l. non nude. memb. ult. vers. secundo casu. C. unde vi.* Bartol. *in l. commodare. ff. commod.* Neguzant. *in tract. de pignor. memb. 3. part. prin. 7. n. 12.*

23 Sed cum † in facto dominium negetur, à reo probandum fuerat, *per l. in exceptionib. ff. de except. l. sive possidetis. C. eod. l. etiam. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. penult. §. docere. ff. ne quis eum. Angel. in l. actor. C. de probat. Cephal. cons.* 301. *n.* 54. *lib. 3.* quia dicere non sufficit, nisi id quod dicitur, simul etiam probetur, *c. plerunq; in fin. 2. q. 7. gloss. in c. non est de consuetud. in 6. gl. in l. 1. §. interdum autem. verb. esset. ff. si quadrup. paup. fecisse dicet. glos. in l. 2. verb. aspectu. ff. de feriis. gl. in l. prætor ait. la 2. ff. vi bon. rapt.*

24 Dominium † autem illud prætensum præterquam quod probatu est difficile, *Dd. in l. cum res. C. de probat. Bald. in c. statuimus. nu. 7. extr. de offic. deleg. Bartol. in l. rem quæ nobis. n. 1. ff. de acquir. vel amitt. possess. & in l. rem alienam. n. 6. vers. sed quia hoc non est facile. ff. de pignor. act. Picus in l. cum fundum. §. servum tuum. ff. si cert. pet. Menoch. de adipisc. possess. remed. 4. num.* 927. Wesembec. *in paratit. ff. de rei vindic. nu. 5. Speculat. sub tit. de locat. §. nunc aliqua. versic.* 46. *numer.* 70. *Socin. sen. cons.* 89. *nu. 9. & 16. volum. 1. Dec. cons.* 42. *num. 12. Alexand. cons. 4. num. 10. vol. 2. Crot. cons.* 34. *num. 9. lib. 1.* & de communi affirmat Paris. *cons.* 104. *num.* 101. *vol. 1.* Reus probare ne conatus quidem est, nullis super eo instrumentis productis aut testibus examinatis.

Quod vero de dominio Abbatiæ C. à reo obtenditur, cum debitor † non de sua tantum, sed 25
de aliena etiam re, quam ipse pignori dedit, pignoratitia agere possit, imo vero etiam si debitor prædo esset, *per tex. in d. l. si rem alienam. §. is quoque. & in l. si pignoris. §. si prædo. ff. de pignor. act. Neguzant. memb. 2. d. p. 7. n. 9. vers. secundo amplia.* irrelevans est, ideoq; non attendendum, *vulg. l. ad probationem. la 1. C. de probat.* Tantò vero minus attendendum est, quod reus ipse exceptioni huic renunciasse videtur in priori instantia sub producto oblato 6. Julii, anno, &c. 82. ubi dicit, se non tam fundare sese super hoc, quam super eo, quod pactis non stetur, & maxime in hac instantia appellationis, ubi eam prorsus omisit. Nam reus exceptioni eam non opponendo renunciasse videtur, *juxta Bartol. in l. eum qui ita. §. qui ita ff. de verborum obligat. Angel. in §. omnis. num. 4. Instit. de verb. oblig. & in princ. Instit. de except. n. 3. Deci. in l. non videtur cepisse. n. 13. vers. secus est si exceptio. ff. de reg. jur.*

Non etiam obstat exceptio cessionis, qua actorum antecessores dicuntur dominis Calandicis jus suum omne cessisse, quia & illa exceptio negatur, neq; probatur à reo, & licet Calandici ab initio intervenerint, ab interventione tamen ista postea destiterunt, litiq; renunciarunt 1 Jul. anno, &c. 77. & ut maxime cessio illa facta esset; ex ea tamen Calandicis duntaxat, non etiam reo jus quæsitum esset, ut ita de jure tertii excipere reo non liceat, sed quod ad ipsum attinet, actores ædes habeant liberas, *per l. loci corpus. §. competit. ff. si servit. vindic. l. ille à quo. §. si de testament. ff. ad Trebellian. l. 1. in princip. ff. de appellation. recipien. Bartol. in l. 2 ff. de except. rei judic. Angel. & Alexand. in l. exitus. ff. de acquiren. vel amitten. possess. Socin. sen. consil.* 78. *num. 5. volum. 4. Ruin. cons.* 85. *num 3. volum. 3. & cons.* 40. *num. 7. volum. 5. Bursat. cons.* 140 *nu. 21. lib. 3. Roland. à Valle cons.* 57. *num. 10. ubi de communi affirmat, vol. 3. Tiber. Decian. consil.* 101. *in fin. vol. 3.*

Nullo etiam negocio refellitur, quod actoribus obiicitur, quod non probaverint, se esse heredes nobilium de P. atq; adeo personam suam non qualificaverint. Nam † etsi is, qui se talem 26
esse dicit, se talem esse probare debeat, *l. Divus. ff. de re judic. Felin. in d. c. examinata. col. 3. Marsil. in rubr. C. de probat. n.* 333. *Bar. in l. non ignorat. C. qui accusar. non poss. Curt. sen. cons.* 17. *col. penult. vers. sed circa quintam considerationem. Cephal. cons.* 627. *nu. 6. lib. 5. Cacheran. decis. Pedemont.* 108. *nu. 9.* nec audiatur aut admittatur, antequam illud præstiterit, *d. l. prætor ait. §. docere.* unde Angelus *in l. liberorum. ubi & Castrens. ff. de his qui not. infam.* dixit, quod si filius agit ad hereditatem patris, uti filius tenetur probare se filium, *Dec. cons.* 54. *in princip. & cons.* 343. *colum. 2. & cons.* 576. *col. fi.* & non tantum se filium esse, sed etiam se filium esse legitimum, *Butr. in c. pervenit. col. 2. vers. aut filius agit. extr. qui fil. sint legit. Dec. cons.* 471. atq; adeo in præsenti causa actores, ut qui sine actione experiantur, repellendi esse videatur,

P 3 *l. si pu-*

l.si pupilli.§.videamus.ff.de negot.gest.l.2.ff.de dote prælег.gloss.in l.ubi pactum.C.de transaction. ubi Jas.n.10. & Dd.communiter.Imol.in l.4.§.hoc autem.ff.de dam. infect. & ibid.Ripa n.43.Alexan.cons.136.nu.9.vol.2. & cons.166.nu.4.vol.6. Duen.reg.64. Capel.Tholos. decis.366.n.3.Joseph.Ludov.decis.Perus.71.n.18. Gail. 2.observat.pract.17.n.3. cum pluribus allegatis à Bursato cons.242.nu.4.& 5.lib.3.

Tamen probatione alia in præsenti casu opus non est,cum ipse reus in responsionibus suis ad articulos libelli,præsertim ad articulum 2.& 3.id
27 fateatur, quæ † confessio est loco probationis sufficientis & indubitata, Bal.in cap.1.§.sacramentum.num.15.de consuetud.recti feudi. & in rubr. C.de probation.num.5.& ibid Castrens.n.4. Jas.in l.cum te. nu.8 & seq. C.de transact. Canon.in rubr.extr. de probation. ubi inprimis Panormit.num.3. & Felin.num.6. & in cap. at si clerici. in princip. extra. de judic. Corn. cons.261.num.5.vol.4. omniumque aliarum probationum fortior est ac potentior, l.fin.C.de fideicomm.l.generaliter.§.etsi quidem. C.de reb.cred. l.generaliter.C.de non numer.pecun. Jason in l.Titia.nu.39. ff.de verborum obligat. & in l.licet impuberes. num.10. ff.de legat.1. Grammat.decis.Neap.36.num.66. Socin. jun.cons.39.n.18.lib.2. Rol.à Valle cons.6.n.26.vol.1. & cons.54.num.18.vol.3.Tiber.Decian.cons.44.n.74. vol.3. Bursat.cons.324.num.11.lib.3. & maior atque excellentior omni probatione, l.perinde.ff.ad leg. Aquil.l.si confessus ff.de custod.reor.l.qui sententia. C.de pœnis.l.1.ff.de confess.l.2. C. quorum appellat.non recip. Bursat.cons.449.num.2 lib.4. Cravet.cons.175.nu.1. lib.1.& superat omnes probationes Paris.cons.112. num.46.& cons.115.nu.12.& cons.121.nu.30.lib.1. & cons.103.n.10.lib.3.& cons.160.n.28.lib.4. Corn. cons.224.num.8.lib.4. Cephal.cons.393.num.72.lib.3. & inter probationes obtinet primum locum, tanquam regina & fulgentior est inter alia genera probationum, quemadmodum Luna inter stellas,ut scribit Bursat.cons.340.n.12.lib.3.Joseph.Ludov.decis.Lucens.5.n.56.& seq. unde etiã quovis instrumento maior esse dicitur, Cravet.cons.61.n.3. & cons.171.n.4.lib.1. Rol.à Valle cons.71.nu.41.vol.2. Tiber.Decian.cons.33.n.58.vol.1.Ludov.d decis.5.n.50. maxime si sit emissa in judicio,ut ea de qua nunc agimus,Bursat.cons.419 n.1.& seq.lib.4. per l.fin.in fi ff.de interrog.act.l.cum te.C.de transact. Cephal.dicto cons.393.n.75.& cons.678.n.41.lib 5.

Et est tantæ importantiæ & roboris dicta cõfessio,ut judex post instantiam peremptam possit sententiam ferre contra confessum ex vi notorii.secundum Bald.in l.properandum, in fine princip. C.de judic. Marant.in speculo suo judic.part.5. num.60. cum notorium illud esse dicatur, quod per confessionem alicuius apparet.gloss.in c.vestra.extra.de cohabitat.cleric.c.cum olim.extr.de verb.sign. Bart.in l. scriptus.ff.de relig.& sumpt.funer. Afflict.decis.Neapol. 176.in princip. late Mascard. de probat. conclus.1106. n.1.& seq.vol 2.

Accedit,quod actores extra omnem controversiam heredes sunt nobilium de P. cum quibus antecessor Rei conventi transactionem in anno 1545.iniit, quibus cum bona quæstionis reluere licuerit defunctis R.eiusq; uxore, cur non
28 liceat nunc iidem heredibus, cum † actio defuncti sit etiam actio heredis, per ea quæ tradit Cephal.cons.429.num.79.lib.3. & cum illi habiti sint pro heredibus nobilium de P. utique & actores pro ipsorum heredibus habebuntur, siquidem heredis † mei heres meus etiam heres esse cẽsetur,l.si heredem.C.de pet.hered.l.fin. C. de hered.instit. 29
l.6.§.si.ff.de inoffic.testam.l.heredis.ff.de verb sign.Bart. & ceteri in l.paterfamilias.ff.de hered.inst.Cravet.consil.298.n.9.lib.2. Cephal.cons.499.n.13.& seq.lib.4.

Quemadmodum vero antecessor Rei conventi,cui ipse reus successit,exceptionem illam, tu heres non es, aut, tibi non competit actio, antecessoribus actorum obiicere non potuisset, propterea quod cum ipsis transegit, & transigẽdo non solum pro heredibus nobilium de P.eos agnovit, sed etiam cõfessus est,ipsis reluitionem bonorum quæstionis liberam esse, ex regula generali,quod † nemo contra factum suum venire 30
debeat,per ea quæ multis deducunt Decian.consil.59.n.20.vol.2.Cephal.cons.30.n.31.lib.1.& cons.392.n.30.& cons.393.n.35.lib.3. Bursat.cons.157.nu. 66.lib.2. nec audiendus sit, quis contra id. quod semel approbavit,aut reprobavit, l.sicut. C de oblig.& act.l.post mortem.ff.de adopt l.cum profitearis.C. de revoc.donat.l.si quis alienã ff.de act.empti.nec quod semel placuit,postea displicere debeat, c.quod semel,de reg.jur.in 6. nec consensum quem quis semel accommodavit,revocare, l per fundum.ff. de servit.rust.pred.l.in diem. ff. de aqua & aqua pluv.arc. l.1.§.prodest.ff quor. legator. l.de accessionib.§.fin.ff. de divers.& temporal præscript.l.fin.ff.commun pred.cap. requisivit.extr.de sponsalib. ita nec heres eius, qui nunc est reus conventus, exceptione illa uti potest, cum † heredi factum defuncti impugnare 31
aut ei contravenire non liceat, l.filiusfamil.§.cum pater.ff. de legat.1.l.unum ex familia.§.sed si uno.ff. de legat.2.l.successores. C.de solution. l.cum à matre. C. de rei vindic.l.uxor.C.de bonis autorit.jud possid. Roman. cons.140.in fin. Jas.cons.238.col.2.vol 2. Ruin.cons.1. n.13.& cons.7.n.39.vol.1.Mantua.cons.71.n.14.vol.2. Decian cons.31.n.157.vol.1.& cons.56.n.23.volum.2. & cons.55.n.87.vol.3. Rol.à Valle cons.2.nu.40.vol.1. quin potius factum defuncti, cui successit omnino tenetur heres ratificare, Ruin.cons.25. num.11. vol.2. Afflict.decis Neap.285.n.11. Tiraquell.de retract. lignag.§.1.gloss.9.num.48. etiamsi hereditas non esset lucrosa, secundum Bald.Angel.& Castrens.in d. l.cum à matre. & heres niteretur propria persona & proprio jure, d.l.cum à matre. l.si ab eo. C.de negot gest. l.venditrici. C. de rebus alien. non alienan. l.1. ff.de except.rei vendit.l.Seja ff.de eviction.l.filium. ff. de liber.causa. & est de mente glossæ in l.si tibi, C. de de evictione.Bursat.cons.138.num 38.lib.2. Et in specie, quod exceptio quæ nocet authori, noceat etiam ab eo causam habenti,est text.in l.apud Celsum §.de autoris.ff.de doli mali excep. Cephal.cons.154. num.7.lib.2.

Sed omnium maxime urget exceptio quarta,quæ quin in jure fundata sit, dubium non est. Juris enim est expediti, ut † actio pignoratitia 32
ante non detur, quam debitum sit solutum, vel quoquo modo creditori volenti de eo satisfactum,ita text. est in d.l.si rem. §omnis.& in l.quod si. & in l. solutum. & in l. eleganter. §. 1. & in l. si pecuniam. ff. de pignoratitia actione. adeo ut si vel pars debiti minima adhuc solvenda sit, non detur, dicta l solutum. §.si non sortem. Sichard. in rubric. Cod. de pignor. & hypothec. numero 35.

Modest.

Modest. Pistor. consil. 13. quaest. 3. numer. 33. vol. 1. Verall. decis. 268.

Et quamvis debitũ sive precium oblatum, sed ab adversario non acceptum legitime consignari & deponi possit, ad hoc ut pignoratitia detur, *per text. in l. aliena, §. 1. vers. si per creditorem, juncta gl. in verb. agitur, ff. de pignora. action. NeguZant. d. memb. a. part. 7. nu. 22.*

Eiusmodi tamen oblationem, consignationẽ & depositionem ab actoribus esse factam, non videtur satis probatum esse. Quod enim producitur instrumentũ quoddã P. W. apud quem pecunia sit deposita, id multiplici vitio laborare videtur; & primum quidem, quod instrumentũ il-
33 lud privatum est, quod † in iudicio fidem non faciat in praeiudicium tertii, *l. exemplo, l. rationes, C. de fide instrument. l. nuda. ff. de donat. l. 2. & l. fin. C. de cõven. fisc. debit. li. 10. c. 2. ex. de fide instrument.* adeo ut ne praesumptionem quidem pro se habeat *Bart. in l. 1. C. de juram. calum. Dec. in dict. c. 2. notab. 4. Ias. in l. si post divisionem, C. de jur. & facti ignor. Tiraquell. de retract. convention. §. 1. gl. 7. nu. 404. Bald. cons. 149. lib. 1. & cons. 466. lib. 5.* Secundo, quod sub & ob-
34 reptitie extortum sit, quod † non valet, ut notat Imol. *in c. cum dilecta, ex. de rescript.* tertio, quod testimonium in eo contineatur datum sine praevio iuramento, *contra l. jurijurãdi, Cod. de testib. & c. licet, ex. eod.* & non ore sed in scripto, contra ea, quae tradit Felin. *in c. de testib. nu. 7. ex. eod.* quarto, quod mentio fiat in praetenso instrumento I. C. ad quem tamen reluitio haec nihil pertineat.

Deinde ut consignatio eiusmodi & depositio legitime dicatur facta requiritur, ut fiat contra eum ipsum, contra quem deponens pignoratitiã intendit, quod in casu praesenti factum non est cum deposita sit & esse dicatur contra I. R.

35 Neq; vero † verbalis oblatio sufficit, sed requiritur realis, praesertim ad effectum actionis consequendae, *Bartol. in l. praetor, §. si quis paratus, ff. de oper. novi nunciat. Ias. in l. jurugentium, in princ. ff. de pactis, Matthes. notab. 129. Alexand. cons. 130. vers. non obstat. volum. 4.* quae consistit in consignatione & depositione actuali. *l. antepenultim. cum ibi not. C. de pactis int. emt. & vendit. gloss. Castrens. & Salicet. in l. Iulianus, §. offerri, ff. de actio. emti. Mainer. in l. in jure civili, n. 57. ff. de regul. jur. late Roland. à Valle cons. 53. n. 34. & seq. volum. 1. Ias. in l. Titia textores ff. de legat. 1. & cons. 172. vol. 2. Ripa in l. si insulam, numer. 68. ff. de verbor. obligat. Capici. decis. Neapol. 19. num. 2. Tiraqu. de utroq; retract. §. 4. gloss. 6. nume. 19. Kirchov. in thes. comm. opin. lit. O. in principio,* quia debitor tenetur solvere & deferre rem debitam in loco & ad domum creditoris si ambo sint eiusdem fori, *notat. gloss. in l. Item illa, ubi Bartol. num. 8 ff. de constitu. pecun. Bal. in l. acceptam, quaest. 10. C. de usuris. Panormit. in c. significanti, ex. de pignor. Bero. consil. 126. n. 20. & cons. 151. n. 15. volum. 1. Rol. à Vall. cons. 87. n. 15. & seq. volum. 1.*

Quae tamen & ipsa realis sive actualis oblatio in praesenti casu non videtur sufficiens esse, quippe quod ita in supradicta transactione convenerit, ut omnia simul debita in productis à reo instrumentis comprehensa solverentur, & ante reluitionem marca numorum aestimaretur. Ubi
36 a. † cõtractus est ultro citroq; obligatori*, nisi qs impleat ꝑ parte sua, nõ potest effectualiter agere, *Bart. & alij in d. l. Iulianus. §. offerre. Alex. in l. interdum. §. ex naufragio, ff. de acquir. vel amitt. possess. Corn. cons. 179. in princ. volum. 1 & cons. 245. volum. 4. GoZadin, cons. 1. in princ. Paris cons. 33. n. 57. vol. 1. Grat. cons. 52. in princ. volum. 1 Cravet. cons. 151. n. 10. & cõs. 192. n. 15. lib. 1. Plot. in repetit. l. si quando n. 166. C. unde vi. Bursat. cons. 196. n. 12. & seq. lib. 2.* Et ratio est, quia quaelibet promissio hanc tacitam conditionem habet si fides sibi servetur, *c. pervenit, ex. de jureju. l. cũ proponas C. de pact.* facit quod voluit Corn. *cons. 343. col. 2. vol. 1.* ubi inquit, quod qui vult agere contra aliquem ad poenam, debet ipse adimplevisse contenta in instrumento, alias poenam conventionalem petere non potest, quia nitens se ex contractu, debet adimplevisse pro parte sua contractum. Idem ante Corneum scripsit Barto. *in l. quaero, §. inter locatorem, ff. locati,* eumq; sequuntur Dec. *cons. 380 in princ. Ias. cons. 216. col. 2. vol. 2. & cons. 111. col. fin. vol. 4.*

Confirmatur haec per id, quod dicitur, actionem † pendente conditione non competere, *tex. est in l. necessario, §. quod si pendente, ff. de pericul. & cõmod. rei vendit. l. Mavius, l. cohaeredi, ff. de condit. & demonstrat. l. cedere diem, ff. de verb. signific. Socin. jun. cõs. 512. n. 6. lib. 1. Decian. consi. 54. numer. 8. volum. 2. Menoch. de arbitrar. judic. quaestion. lib. 1. casu 498. nu. 7. Gail. 2. observat. Practic. 132. num. 2. & seq. & lib. 2. de pace public. observ. 4 num. 4. & seq.* nec censeri conditioni satisfactum esse, nisi omnibus requisitis impletis, *l. si quis ita stipul. ff. de verbor. obligat. Cacher. decis. Pedem. 110. n. 1. Gail 2. observat. Pract. 125. n. 8. & lib. 1 de pa e public. observ. 7. num. 20.* Conditio † n. 38 formam inducit. *Bal. in Auth. matri & aviae C. quãd. mul. tut. offic. Felin. in d. c. cum dilecta, colum. 6. vers. secundum signum Dec. in l. 3. colum. 2. num. 3. C. de instit. & substitut.* Forma autem ad unguem debet impleri, *l. 1. ubi Alex. & caeteri, ff. de liber. & posthum.*

Et tanto magis hoc dicendum venit, si † exce- 39 ptio non ad implementi per partẽ opposita fuerit, ut in hoc nostro casu, *Ale. in l. filia licet, C. de collation. Aret. in l. si moram, col. 4. ff. solut. matrim. Iason, in l. jurigentiũ, in princ. ff. de pactis & in l. universa, col. 1. C. de precib. Imper. offeren. Felin. in c. in tantum, col. fi. ex de Simon. Corn. cons. 106. col. 2. volu. 1.* quam litis finitae esse affirmat Cast. *in d. §. offerri. Ias. in §. actionum. n. 71. & 139. Instit de action.* Menoch. *consil. 1. n. 360.* & tantae efficaciae ut nunquam censeatur sublata, *Plot. in d. l. si quando, n. 166. Borgnin. Cavalc. de usuf. mulier. relict. n. 166. Anch. q. aurear. li. 2. q. 68. n. 4. Bursat. cons. 191. n. 4. li. 2. Menoch. cons. 55. in prin.* & tam est favorabilis ut possit opponi quandocunq; etiam post sententiam & stante statuto q nulla exceptio opponi possit contra juramentũ vel contractũ, *Cyn. & Bal. in l. ex praediis, C. de evictio. Ias in d. §. actionum, n. 139 Rom. cons. 244. col. 2. Corn. cons. 291. col. fin. & cons. 297. col 2 vol. 3. & cons 245. col. 2. vol. 4. Decia. cons. 1. nu. 67. vol. 3.* etiamsi contrahens in minima parte defecisset in adimplendo, *Dec. & caeteri in d. l. cum proponas, Alex. in l. in executione, §. si ita. ff. de verb. obliga. Parpal. in l. si quis major, q. 11. Cod. de transact. Bald. in dict. l. jurigentium, §. pacta, no. 2.* ubi ait quod per unumquodq; minimum capitulum inobservat um, etsi non respiciat substantiam contractus, repellitur quis ab agendo, quod moderniores corde tenẽdũ, & valde utile & quotidianum esse dicunt, Neviz. *consi.*

P 4 36. in

pluralitas in dubio non præsumatur, *l. scire debemus, ubi Jas. in fine, ff. de verbor. obligat. Alex. in l. plane, §. si eadem, ff. de lega. 1. Dec. in c. in præsentia, not. ult. ex. de probation. & cons.* 146. *colum.* 5. & hanc regulam esse dicit Burs. *cons.* 06. *num.* 13. *lib.* 1. sicut & dicimus, quod lex in dubio non præsumatur velle aliquid de novo inducere, sed potius confirmare, *Innocent. & Anton. de Butr. in c. dudum, ex. de decim. Bald. in l. bonorum. C. qui admitti. Socin. in l. 2. colum. 1. ff. de vulg. & pupil. substitut.* Adeo vero contractuum pluralitas non præsumitur, ut licet plura reperiantur instrumenta, si constat quod essentialia & substantialia sint eadem, ad huc unus contractus esse existimetur, ut voluit Bald. *cons.* 344. *volum.* 2. Cravet. *cons.* 198. *per totum lib.* 1. Burs. *cons.* 299. *in fine, lib.* 3. *& consi.* 340. *n.* 7. *lib.* 4. Quando enim concordant in substantialibus eadem esse præsumuntur & continuata non diversa, tradũt Alex *cons.* 133. *col.* 3. *ad finem, vol.* 1. Corn. *cons.* 206. *circa finem, volum.* 4. Dec. *in c. prudentiam, col.* 4. *ex. de offic. deleg.* imo dixit Alexand. *cons.* 84. *col. fina. volum.* 7. quod præsumitur identitas contractus, quando exprimitur eadem causa, licet summæ sint diversæ, quem sequitur Socin. *cons.* 90. *colu.* 1. *& 5. vol.* 1. quinimo licet summæ diversæ appareant in diversis instrumentis, si tamen cõstat ab eadem causa & origine processisse dicetur unicũ debitum, non plura, ita consuluerunt Bald. *in d. consi.* 344. *per l. libertis quos, in princ. ff. de aliment. & cibar. legat. &* Castr. *cons.* 405. *vol* 1. *& cons.* 125. *in fine & cons.* 360. *col.* 2. *vol.* 2. Meno. late *de arbitrar. judi. q. lib.* 2. *casu* 213. *per totum.*

Cum autem non pręsumatur, à reo probanda fuerat, *Menoch. d. casu* 213. *nu.* 9 *ubi ad hoc allegat Bal. d. cons.* 344. *col.* 2. *vers. sed contrarium est, & in l. edita, nu.* 118. *C de edendo. Cravet. cons.* 198. *col.* 1. *vers. sed ultra, & præter eos Bursat. cons.* 106. *nu.* 13. *lib.* 1. *Ioseph. Ludov. decis. Lucens.* 13. *nu.* 33. & in specie quod creditor qui summam conduplicatam dicit, probare debeat tradit Menoch. *d. n.* 9.

Neq; ad eam probandam sufficit pluralitas instrumentorum, siquidem ut supra dictum est cõtractuum pluralitas non præsumitur ex pluralitate instrumentorum: & quãvis ea præsumptionem aliquam inducat, cui accedit, quod licet in actibus & personis non præsumatur pluralitas, bene tamẽ præsumatur in rebus præsertim multiplicabilibus, *secundum Ioan. Andr. Anton. de Butr. Abbat. Felin. & alios in c. auditis ex. de præscriptio. Alexand. cons.* 118. *col. fin. & cons.* 119. *col. penul. vol.* 1. *Ias. in l.* 2. *in fine C. de bonor. possess. secund. tabul.* præsertim quando versamur in summis, de quarum identitate non constat, quia censentur diversæ *Feli. in c. cum Ioan. eremit. col.* 4. *fallent.* 1. *ex. de fide instrumen. post Dd. in l. scire debemus. ff. de verbor. obligat. Alex. cõs.* 4. *vol.* 1. *Neviz. cons.* 96. *n.* 3.

In præsenti tamen casu præsumptiones plures sunt & fortiores, & magis speciales, quibus ostendi potest, debitũ in utroq; instrumento illo contentum esse unum non diversum. Nã præter generalem illam præsumptionem, qua actuũ pluralitas non præsumitur per ea quæ supra allegata sunt, si instrumenta duo facta eodem die & eodem loco reperiantur, præsumi correspectiva esse & unum inesse alteri testatur Alba. *cõs.* 22. *n.* 6. *& cons.* 45. *n.* 1. *& seq.* authoritate Bal. *in l. petẽs, col. penultim. C. de pact. &* Alexan. *cons.* 25. *col.* 3. *vol.* 2. & Dec. *cons.* 245. *col.* 2. *in fine*, quod ea ratione probat Mascard. *de probat. volum.* 2. *conclus.* 924. *nu.* 2. quoniam quæ in continenti fiunt videntur inesse & perinde habetur atque si uno instrumento actum esset, ut tradit Bald. *in l. penultim.* §. *mulier, ff. solut. matrimon.* Natta *cons.* 115. *numer.* 2. *volum.* 1. cui accedit quod si ex diversitate temporis arguitur diversitas factorum & actuum, *per l. nunquam plura, ff. de privat. delict. gloss. in c. nihilominus,* 3. *quæst.* 9. *gloss. in c. cum igitur,* 35. *quæst.* 1. *Bald. in l.* 1. *colum.* 15. *C. qui accus. non poss Nicol. Euerhard. cons.* 138. *n.* 3. à contrario ab identitate temporis arguetur identitas actuum, quod argumentum in jure esse validum multis confirmat Nicol. Euerhard. *in loco à contrario.*

Hæc magis confirmantur ex identitate etiam causæ obligationis & identitatis summæ, de qua utraq; ex utroq; illo instrumento eadem die eodemq; loco facto constat, cum iuris sit expediti, ut quando cum eadẽ causa concurrit eadẽ quãtitas summa præsumatur esse eadem non diversa, ita docuit Bart *in l. Triticum, num.* 3. *& ibi.* Alex. *n.* 6. *ff. de verb. oblig.* Meno. *d. casu* 213. *n.* 2. *& seq.* & cõsuluit Cravet. *cons.* 282. *n.* 1. *vers. Secundo amplius.*

Accedit, quod in præsenti casu eædem sunt contrahentium personæ & eadem utrobiq; sunt substantialia atq; in eundem finem tendẽtia, cuiusmodi casu id quod actum est, etsi videatur duplicatum esse tamen pro eodem habendum esse, est gloss. final *in c. latores, ex. de Cleric. excommunic,* & notat Cardinal. *in Clem.* 1. §. *si quis, quæst.* 9. *ex. de reb. Eccles. non alienand.* & facit *l.* 2. *ff. de duob. reis. & l. qui libertatem, ff. de evictione. & l. cum testamento, ff. de manumiss. vindic.* bonus text. est *in cap. pastoralis, el* 2 *ex de appellatio. & c. fin. de rescrip. in* 6.

Quod si hic reus excipiat esse verba utriusque instrumenti non omnino eadem, sed in quibusdam diversa, atq; inde diversitatem summarum argui, responsio in promptu est, quod diversitas illa non sit in substantialibus, & licet aliquid additum sit per viam extensionis, quod nõ dicatur per id actus alius fieri, sed primus remaneat, & dicatur continuare, *text. est in l. quod dicitur, vers. sed impensis, ff. de impens. in rem dota. fact. l. peculium nascitur, §. Crescit ff. de pecul. Bartol. in l.* 4. *in princip. & ibid. Alexand. ff. de damno infect. Castr. consil.* 489. *colu.* 2. *volu.* 1. *Corn. consil.* 235. *col.* 2. *vol.* 2. *Tiber. Decia. cõs.* 11. *n.* 28. *vol.* 1.

Præterea cum in utroq; instrumento tam solicite fiat mentio duorum aliorum instrumentorum notatorum literis, C, & D. ut in suo valore permaneant, & quod bona quæstionis nexa sint ad quatuor marcas argenti, de quibus duo illa instrumenta facta sunt, & ut E. notatum non liberetur, nisi una cum debito in C. & D. cõtento, verosimile nõ est si instrumentum F. aliud & diversum esset ab instrumento E. contrahentes alterutrius mentionem facturos non fuisse, idq; tanto inverosimilius est, quod necesse est, si diversa essent illa duo alterum altero prius & posterius factum est, posterius autem sine dubio ut antiquorum illorum literis C. & D. notatorum mentionem fecit, ita & fecisset mentionem prioris, præsertim cum eodem die facta sint, & in posteriori non fuisset positum bona quæstionis

qua-

quatuor marcis teneri sed marcis sex, & non debere liberari debitum posterioris instrumenti, nisi simul liberentur C. & D. & una cum illo debitum duarum illarum marcarum, quæ continerentur alterutro instrumentorum E. vel F.

47 Quod † autem verosimile non est, speciem falsitatis habet, *Bald. in l. 1. colum. 3. Cod. de serv. fugitiv.* & verisimilitudo ante omnia est attendenda, *l. nō est verosim. ff. de eo quod met. caus. c. quia verosimile, ex. de præsumpt.* & attenditur quod est verosimile, nō quod est possibile ut dicit Bald *in l. scriptura, C. de fide instrument.* & contra id quod est verosimile, requiruntur clariores & fortiores probationes, ut notat. Abb. *in dict. c. quia verosimile, not. 2.* Specu. *de probation. § fin.* Alexand. *consi. 109. in fine, volu. 3.* Sicut è contrario ad probandum id quod est verosimile, leviores sufficiunt, notant Bal. & Alex. *in l. 1. C. de edend.*

48 Præsumptio † autem præsumptionem tollit. *l. divus. ff. de in integr. restit. l. non solum, ff. de ritu nupti. c. transmissæ, ex. qui fil. sint legit. gloss. in c. ex literis, verb. ad plenum, ex. de restitut. in integr. Menoch. de arbitrar. judic. quæst. lib. 1. quæst. 76. num. 19. Cravet. cons. 250. n. 2. & cons. 258. num. 21. lib. 2. Gail. 2. observat. pract. 97. num. 18. qui plures allegant.*

49 Quare dubium non est, cum † in arbitrio iudicis sit ex qualitate hominum, intervallo temporum, causis obligationum & eiusmodi circūstantiis æstimare una ne summa sit an duplicata *Alexand. cons. 84. col. 2. volum. 7. Nevizan. cons. 97. per totum. Iason in d. l. plane § eadem, nu. 16. Alciat. in dict. l. triticum, in fine, late Menoch. d. casu, 213.* quin excellentissimi & prudentissimi Domini iudices æstimaturi sint debitum esse unum & idem duarum marcarum quod duobus instrumentis contineatur, atq; adeo actores non teneri ad duplicatæ, sed ad simplicis summæ duarum marcarum solutionem ac proinde quo ad hoc ipsos transactioni ex parte sua satisfecisse.

Atq. hoc æstimabunt eo magis, quo proniores esse solemus ad liberandum, quam quoad obligandū, *vulg. l. Arianus, ff. de oblig. & action. l. absentē ff. de pœn. l. tale pactum, & ibi Bartol. ff. de pact. cum simi-bus.*

Porro quod attinet ad debitum litera G. notatum, manifestum est illud à prioribus diversum esse, nec bona quæstionis eo nomine pignori nexa.

50 Etsi vero reus existimet sibi † ius retentionis ob eam pecuniam competere. *per notat. in c. quāvis, ex. de distract. pignor. & t. C. etiam ob chirograph. pecun. Barto. & alij in l. si non sortem, § si centū, ff. de condict. indeb.* siquidē retentio facilius cōceditur quā petitio, *l. per retentionem, C. de usur. l. Paulus, ff. de doli except. Ias. in l. naturaliter, § nihil commun. col. 12. versic. sed tu adverte. lect. 2. ff. de acquir. vel amittend. possess. Dec. in l. divus n. 5. ff. de regul. jur. & in l. diem functo, nu. 15. ff. de offic. assess. Ruin. consil. 66. n. 17. vol. 1.* & tam sit favorabilis ut etiam contra executionem sententiæ detur. *Bald. in l. peremptorias, col. 3. C. sentent. rescind. non posse.* tamen ius illud retentionis ademptum illi esse videtur per transactionem sæpe dictam in anno 1545. initam. in qua. §. vnnd wenn solches geschehen [illegible] / vnd wenn solches beschehen was bemelte Reussen von den von Papenheimb dan ferner in verschreibunge haben / daß sollen vnnd wöllen sie jhnen alß dann vnnd nicht eher gegen Erlegung deß gepürlichen Pfandschillings / &c. ut ita rei antecessor cuius facto ipse cōtravenire nec debet nec potest solutionem coarctarū auff den Pfandschilling / cū igitur pecunia sub litera G. contenta non sint aut dici possint ein Pfandschilling / ex forma specifica trāsactionis apparet illi satisfieri oblatione vel solutione des Pfandschillings / qui est in instrumentis sub literis C. D. & E. & teneri reum restituere bona quæstionis etiamsi id debitum sub G. non solvatur. Transactiones † enim strictis iuris sunt, nec 51 continent ea quæ specificata non sunt, *l. qui cum tutoribus, § fin. ff. de transaction. l. si de certa, & ibi Dd. C. eod. l. emptor §. Lucius ff. de pact. Angel. consi. 248. nu. 3. Alexand. cons. 117. volu. 1. & cons. 11 vol. 2. Dec. consi. 502. colum. 3. vers. sed solum. Curt. jun. cons. 101. numer. 2.* neq; in transactione inductum ad diminutionem, in contrarium induci debet ad augmentū, *l. si à milite, §. 1. ff. de testament. milit. l. si Rufinus, C. eo. l. legata inutiliter, ff. de legata. 1. l. 1. ff. de adimend. lega. l. cum tale. ff. de condit. & demonst.*

Et mirum est reū hac exceptione hic uti, quæ ad pignora pertinet, cum ipse iam ante bona quæstionis oppignorata esse negaverit, sed potius sub pacto vendita, atq; ex eo libellum actorum ineptitudinis arguere voluerit, ut proinde tanquam contraria allegans audiendus non sit, & ex eo, quod impugnavit, commodum aliquod quærere non debeat, neq; aliquod ipsi concedi, per iura vulgatissima.

Alterum quod actoribus de contractu non impleto obiiciebatur erat in eo positum, quod æstimādæ prius sint marcæ, quod nondum factū sit. At vero ut æstimatio fiat actores consentiunt ac iam pridem facta esset, nisi per reum solutionem vel oblationem non admittentem sed recusantem stetisset. ut pro actoribus commodissime hic uti possimus vulgata regula, per quem non sterit, quo minus contractus impleatur, præsertim si implere impediat alius, qui implementum admittere debebat, perinde haberi atque si contractui satisfactum, isq; omni sui parte impletus esset, per iura supra allegata, præsertim cum implementum eius adhuc fieri possit, si ex æstimationem reus admittere condemnabitur, sicut in prima instantia condemnatus est. *Bal. in l. 1. ad fin. C. si plures una sentent. per l. si rem, §. final. ff. de pignoratit. actione, Alexand. consi. 27. & consi. 78. volum. 1.*

De cæteris duabus exceptionibus de novo iā à reo in suis gravaminibus adductis minori disquisitione opus est. Quamvis enim juris sit expediti ut † in causa appellationis non deducta 52 deduci & non probata probari possint, *l. per hāc, C. de tempor. appellat. c. fraternitatis ex. de testib. c. cum Ioannes, ex. de fide instrumen. & ibid. Dd. Felin. in c. audientiam, el. 2. colum. 9. ex. de rescript. Guido Papa decis. 436.* tamen in hoc casu id locum non habet, siquidem regula illa non procedit, si velim aliquid omnino novum & non coniunctum sed diversum probare in causa appellationis ab eo, quod continebatur in articulis ante deductis, sicut hæ duæ exceptiones à prioribus sunt diversissimæ, ita tradit Abbas *in cap. si iudicaverant ex. de exception.* quem refert & sequitur *ibid.* Felin. *colum. 4.* & di-

& dicit huius rei gratia dari singularem declarationem. *ad dict. l. per hanc, & ad dict. cap. cum Ioann.* hoc etiam pro singulari refert Marsil. *singul.* 240. & astipulatur Felin. *in dict. c. prudentiam column.* 1. quem sequitur Rebuff. *in comment. ad constitut. sive ordin. reg. sub titul. de rescript. articul.* 3. *gloss.* 4. *num.* 14. atque videmus quod quoties loquuntur de articulis aliis sive novis admittendis, id accipiant de ita novis, qui tamen sint antiquis coniuncti, ita textum *dict. l. per hanc* declarate *ibid.* Odofred. *colum.* 2. *vers. Et circa primum* Angel. *colum.* 7. Cynū *colu.* 2. *vers. secundo oppo.* & Baldum *col.* 6. *vers. Or modo venio*, refert & sequitur Rol. à Val. *cons.* 45. *nu.* 2. *volum.* 2.

Tanto vero minus admittendæ sunt in hac instantia duę istę exceptiones, quoniam quādo appellans potuit in prima instantia, ut hic, producere omnia sed tamen distulit, non potest de novo in instantia secūda alia afferre, *Bal. in d. l. per hāc gloss. in c. inter monasterium, ex. de re jud. Ias. in repet. d. l. admonendi, n.* 57. *Soc. reg.* 323 *fallent.* 1. *Barbat. cons.* 35. *colum.* 1. *in fin. volum.* 3 *Neviz. cons.* 19. *n.* 16. *qui alios ad hoc alleg at.* pſertim ēt si dolose omissæ sint, ut pars adversa frustra fatigaretur expensis *gl. & Dd. in d. c. ad audientiam, Abb. in c. exceptionem, ex. de exception. Felin. in d. c. cum Ioan. nu.* 27. *Rebuff. dict. glo.* 4. *nu.* 9.

Verum posito admittendas esse, ex superioribus, tamē abunde constare potest, eas partim in facto falsas, partim irrevelantes esse. Bona enim quæstionis non esse emphyteutica, & non pensiones duntaxat venditas ipsa instrumenta super debitis facta & inprimis instrumentum transa-
53 ctionis evidenter demonstrant, ut † quòd ipsa non dicunt neq; nos dicere debeamus, *Bal. in c. Rodolphus col.* 2 *ex. de rescript. & cons* 297. *col.* 8 *volu.* 1. *Ias. cons.* 159. *num.* 2. *& cons* 220. *vol.* 2. *Wesembe. cons.* 4. *n.* 31. præsertim si dicant aliud ab eo quod proponitur, & maxime si is, qui aliud dicit, ipse instrumentum produxerit *per not. Dec. in l.* 2. *not.* 3. *& ibi. Ias. not.* 2. *C. de inst. & subst. l. cum precium, C. de liber. c. sus. Authent. ad hac C. de fide instrument. c. cum olim. ex. de censib. So. in. regul.* 232. *Diaz. reg.* 342. *Iose. Ludov. decis. Perus.* 19. *n.* 1. *&* 25.

Quod autem reus sese in præscriptione, fun-
54 dare nititur, id ab ipso fit perperam. Scientia † enim rei alienæ malam fidem inducit, *c. si virgo* 34. *q.* 2. *l. final. ubi Bartol. & cæteri, C. unde vi.*

Sed antecessores ipsius scivisse rem alienam
55 non suam fuisse evidenter arguunt † instrumenta ab ipso etiam reo producta, quin & ipsum scivisse reum eorundem instrumentorum ab ipso facta productio evincit per ea quæ notat Bartol. *in d. l. qui Romæ, § duo fratres quæst.* 4. *&* 5. Alexand. *cons.* 36 *nu.* 6. *vol.* 2. Cravet. *cons.* 245. *nu* 1. *lib.* 2. Paris. *cons.* 72. *num.* 21. *volum.* 2. Burs. *cons.* 395. *num.* 4. *lib.* 4.

56 At is † qui in mala fide est ullo tempore non præscribit, *c. fin. ex. de præscription. c. possessor. de regu. jur. in.* 6. *gloss. in c.* 1. *de præscription. in* 6. *Angel. in § furtive, Instit. de usucapion.*

Neq; potuit sibi reus causam possessionis mu-
57 tare, quam † eo ipso quod instrumenta secum habuit, scivit eiusmodi esse, ut bona quæstionis redimi aut relui possent, *l non solum, § quod vulgo, ff. de usucapion. l. qui bona fide, §.* 1. *ff. de acquir. vel amit. possess. leg.* 2. *§. quod vulgo, ff. pro hered. l. cum nemo, ff. de acquir. vel amitt. possess. Ruin. consil.* 61 *numer. decimotertio, volum.* 1. Maxime etiam, quod præscribendi animum habere reus nō potuerit ex eo, quod ex instrumentis sæpe dictis intellexit † contractū 58
inter antecessores & suos & actorum celebratum esse, vel venditionis sub pacto, vel pignoratitium, quo utroq; casu præscriptionem nullam currere in Camera Imperiali decisum & iudicatum esse locupletissimi testes sunt Mynsing. *Cēt.* 1. *observat.* 16. & Andr. Gail. 2 *observat. practic.* 18, atque idem Mynsing. *resp* 31. *n.* 7.

Quod postremo affertur de venditis non ipsis bonis quæstionis, sed marcis numorum, nimis est putidum, cum ex instrumentis desuper confectis appareat ab initio nomine debitorum illorum simplicem fuisse constitutam hypothecā, colono nobilium de P. nomine ipsorum in possessione manente, neq; de eiusmodi venditione cuiusmodi actor prætendit nihil quidquam ex instrumentis debiti constat, prę; erquā ex instrumento consensus Abbatis W, quod venditionis cuiusdam mentionem facit, de qua tamen nullū apparet instrumentum, ut verosimile sit, præsertim quod aliquot annis post debita illa conflata nimirum anno Christi 1402, Abbas consenserit, omnia debita in unum conflata & pro iis possessionem etiam bonorum quæstionis fuisse antecessoribus rei traditam. Verum id cum in mera coniectura positum sit, nec ipsi litigantes eam moverint, nunc in medio relinquo, & concludo exceptiones rei conventi eiusmodi non esse ut illis actio intentata elisa esse videatur.

Quod ad interventionem attinet, non video quid intersit Dn. Abbatis C. bona quęstionis sint ne apud actores, an vero apud reum, cum utrobique proprietas ipsi maneat salva, siquidem utrinq; in cōfesso est, bona quæstionis esse feudalia, & cum Abbas de aliquo suo interesse hactenus non docuerit rectè in priori instantia interventione Abbatis non obstāte sententiatum est. Debet † enim contradictor tertius comparens 59
pro suo interesse, de illo docere antequā admittatur, per ea late deducunt Benint. *decis. Bono.* 67. *n.* 11. Ioseph. Ludov. *decis. Peru.* 26. *n.* 1 *& sequen.* Idem *decis. Lucens.* 34. *n.* 12. Mynsing. *Cent.* 2. *observa.* 1. Gail. 1. *observat. Pract.* 69. *n.* 3. *& seq.* Oldrad. *consil.* 299. *in princip. vers. Et est dicendum*, ideoq; huiusmodi interventioni opponi exceptionem tua nō interest testatur Gail. *dict. observatio.* 69. *numero tertio.*

Neq; interest Abbatis, eo quod tenetur de evictione wenn Herr J. R. vnd seyn Sohn zu kurtz wurden / quoniam id intelligi debet salvo iure tertii, nec protinus illa phrasis zu kurtz werden interpretanda est si duo illi deficiant non relictis liberis, sed intelligi etiam potest, si eo paupertatis redigantur, ut solvendo non sint.

Non etiam apparet reum expectantiam aliquam obtinuisse, ab Abbate, quia ea accipi debet salvo iure tertii, & ex eo intelligitur phrasin illam accipiendam non esse de morte utriusque & defectu liberorum, quia quid expectantia opus fuisset, si ex defectu illo antecessores Rei bona obtinuissent? Præsertim cum

cum ab eo etiam, ut maxime phrasis ita interpretanda esset, recessum esset transactione sępe dicta, quæ etsi Abbati præiudicare nequeat, præiudicat tamen reo, cui Abbas interventione sua assistit.

Præterea litigantes non impediuntur ex tertii comparitione & admissione in causa, quin alter ipsorum eo etiam incitato immittatur in possessionem rei litigiosæ non vacantem, quæ apud tertium erat, & sententia feratur, cum constet de iure alterius, ut hoc casu constat de jure actorum, eo quod parum refert tertii sit ne possessio penes actorem, vel penes reum imo & sententia lata tūc tertio incitato subsistat, licet eidem tertio non noceat, *Felin. in c. 2. num. 11. ex. de testib. Bal. in l. 2. num. 6. C. ne liceat potentior. & ita* fere omnes seniores Rotæ Romanæ affirmasse refert. Palæo. *decis.* 175. Moëdan. *decis.* 85.

Quod etsi nonnulli procedere dicant, nisi ad infringenda iura alterius litigantis tertius compareret, ut tunc causa differatur donec de iurib. omnium cognoscatur, ut voluit Bal. & Alex. *in l. is à quo, ff. de rei vindicat.* Ursil. *in addition. ad Afflict. decis.* 235. *nu.* 3. Bal. *in c. 1. §. duo. de pace tenenda.* Inno. *in c. veniens el 2. ex. de testib.* tamen contrariū verius esse dicit Ioseph. Ludov. *d. decis.* 26. *num.* 26. quem refert & sequitur Bursat. *consil.* 413. *numer.* 22. *libr.* 4.

Confirmantur hæc omnia ex eo iuris funda-
60 mento, quod † articuli interventionales non sunt admittendi, si sint impertinentes sed novo processu, novaq; instātia opus est, *l. sæpe §. sed scientibus, ff. de re judic. l. penultim. ff. de petition. hereditat. Anton. de Butr. in c. cum super n. 14. Ex. de re judic. & ibid. Innoc. n. 6. in fine, & Dd. communiter, Gail. 1. observ. pract.* 70. *n.* 24. cuiusmodi esse articulos Abbatis apparet ex eo, quod ius ipsius separatum & alienum sit à iure principaliter in iudiciū deducto, ut articulos impertinentes in terminis definit Gail. *d. observat.* 69. *n.* 1. Tātoq; minus sunt admittendi, quod Abbas articulos suos ad eum finem direxit, non ut sibi aliquid adiudicetur, sed ut reus ab actione instituta liberetur, prout videre est ex conclusione articulis interventionalibus annexa.

Nec obstat eos in priori instantia admissos es-
61 se, quia † respondetur admissionem articulorum semper intelligi fieri salvo iure impertinentium & non admittēdorum, per ea quæ tradunt Mynsing. *Cent. 2. observ.* 56 & Gail. 1. *observa. pract.* 81. *per totam.* maxime quod Abbatis interventio magis alius sit iudicii quam ordinarii, pertinēt enim ab ipso allata ad forum feudale cumq; interveniendo actoris locum sustineat, per multa deducta ab Andr. Gail. 2. *observ. pract.* 71. *n.* 4. *& sequentibus,* agendo autem non potuerit coram ordinario cōveniri, sed coram paribus, neq; interveniendo utiq; hoc fieri debebit. Nam constat Dn. Abbatē respici ut Dominum ab actoribus ut Vasallis: At
62 inter † Dominum & vasallum contentione orta judices esse partes curiæ, quales multos habet Dn. Abbas. est text. *in c. 1. §. præterea si inter, & ibi Matth. de Afflict. n.* 38. *de prohibit. feud. alien. per Feder. & in c. 1. de controv. feudal. apud pares terminand. & in c. 1. de lege Corradi, cū pluribus aliis accumulatis à Wesemb. consil. 2. n.* 99. *Mynsing. Cent. 1. observ.* 99. *& cent.* 4 *observat.* 89. *& centur.* 5. *observat.* 75. *Gail* 1. *observa. Practic.* 1. *nu.* 54.

Non obstat connexitas sive continentia causæ per quam fit nonnunquam quod alias nō fieret, quia respondetur nullam esse hic connexitatem causæ, quandoquidem diversissimis utantur exceptionibus reus & Dn. interveniens, quæ cū ad eundem finē non tendant, pro connexis habendæ non sunt.

Cæterum sunt etiam articuli illi ejusmodi ut si maxime essent pertinentes, tamen probati nō sint, & ut maxime probentur sint tamen irrelevantes. Cum enim ex actis constet actores esse heredes allodiales nobilium de P. pręsumitur etiam quod sint heredes ipsorum feudales maxime cum constet eos in bona feudalia successisse, quę habuit C. R. à P. qui præsumitur successisse I. R. & filio ipsius ob identitatem familię nominis arma gentilitia, cōcurrente antiquitate temporis, quo Abbatia de nobilibus de P. conquesta non est, ob non recognita bona feudalia, aut quod iis ceciderint ob alienationem, maxime quod Abbates non præsumantur ignorasse bonorum ab Abbatia recognoscendorum conditionem, nec otiosa † esse debeat particula universalis in re- 63
versalibus posita loco postremo, quæ ad specificata referri non potest, *Cephal. consil.* 423. *nu.* 108. *lib.* 3. *& cons.* 218. *num.* 24. *lib.* 2. *& cons.* 228. *n.* 19. *lib. eod. Decian. cons.* 19. *n.* 110. *vol.* 3. & quod clausula universalis non referatur ad capitulum, in quo est facta specialis provisio, *per allegata à Cephalo consil.* 528. *n.* 40. *lib.* 4.

Quæ omnia etsi accuratius deducere & illustrare non esset difficile, tamen cum ex improviso ad negocia alia avocer, neque moram ulteriorem hæc res ferat, neq; etiā dubium sit quin excellentissimi. Domini referentes pro sua prudentia eximia, circumstantias hasce & similes pōderaturi & sententiam in priori Instantia latam iuri & ęquitati consentaneum confirmaturi sint pluribus immorari operæ precium non est.

De expensis † refundendis regula est vulga- 64
tis, victum victori in eas condemnandum esse, *vulg. l. properandum, §. sin autem alterutra, C. de judic. l. eum quem temere, ff. eod. c. finem litibus, ex. de dolo & contumac. c. calumniam, ex. de pœn. Socin. reg.* 181. *Duē. regul.* 626. *Damas. reg.* 140. *Corat. lib.* 3. *de com. opi. cap.* 10. *n.* 3 præsertim si habeat malam causam, quemadmodum † omnis appellās in dubio ma- 65
lam causam habere præsmitur, *l. fina. §. illud. C. de tempor. appellat. Angel. consil.* 187. *col.* 2. *post medium, Ceph. cons.* 778. *n.* 5. *lib.* 5. atq; de appellante dicit Gail. 1. *observat. practic.* 152. *n.* 4. dubium non esse, quin indistincte condemnandus sit in expensas, allegans ad hoc *d. c. finem litibus, & ibi gl. in verb. expensas,* & tex. *in c. sæpe §. fin. ex. de appellation. & in c. ut debitum, eod. & in l. eos, § ne temere, C. eod.*

Ex quibus concludo sententiam in priori instantia latam confirmandam & appellantes ad refusionem expensarum condemnandos esse, salvo tamen cuiuslibet rectius sententientis iudicio. Signatum Mense Sept. Ann. 1587.

Hermannus Vultejus J. U. *Doctor, respondit.*

CONSI-

CONSILIUM XIX.

Quod est

HERMANNI VULTEJI J. C.

SUMMARIA.

1 *Actionis qualitas ex conclusione libelli cognoscitur.*
2 *Stipulatio est facti.*
3 *Stipulationis effectus.*
4 *Pro scripturæ veritate præsumitur.*
5 *Scriptura privata recognita plene probat.*
6 *Subscribens consentire intelligitur.*
7 *Sigillans consentire intelligitur.*
8 *Confessio superat omnes probationes.*
9 *Iteratio magni est effectus.*
10 *Exceptionibus pluribus uti quis potest.*
11 *Exceptio actionis non competentis est litis finita.*
12 *Accessorium sequitur naturam sui principalis.*
13 *Promissio sine causa facta nulla est, quod declaratur num. 23.*
14 *Factum censetur tametsi non factum, si stet per eũ, cujus interest quo minus sit factum.*
15 *Debitor esse desinit perpetua exceptione tutus.*
16 *Ius ex facto sumitur.*
17 *Reus probare tenetur actoris intentione fundata & probata.*
18 *Agere quis suo potius, quam alieno nomine præsumitur.*
19 *Procurator est qui aliena negocia mandato domini administrat.*
20 *Instrumenta stricti juris sunt, non extendenda ultra id quod cantant.*
21 *Error non præsumitur.*
22 *Dolus non præsumitur.*
24 *Clausula* ex certa scientia *magnus est effectus.*
25 *Solutionem probabit eam allegans.*
26 *Aliud pro alio creditori invito non solvitur.*
27 *Regressus non datur ad renunciata.*
28 *Conventa sit servanda.*
29 *Scriptura recognita habet paratam executionem.*
30 *Confessio rem facit notoriam.*
31 *Expensæ ob causam compensantur.*

MJ. conditione certi ex stipulatione petit à nobili B. duo milia aureorum, una cum interesse à tempore moræ, prout patet ex conclu-
1 sione libelli oblati, quàm † in qualitate seu genere actionis investigando attendẽdam esse notat Barrol. *in l. si prius, in 5. opposit. secundæ partis, ff. de oper. novi nunciat.* Dd. communiter *in §. omnium, & ibi* cumprimis Jason. *num.* 128. & Zas. *nu.* 21. *& seq. Instit. de actionib.*

Ut autem intelligatur, an secundum hanc petionem iudicari debeat, nec ne, duo sunt quæ in disquisitionem veniũt, unum est, an actor actionis à se intentatæ fundamentũ & merita legitime probaverit: & alterum an si probaverit, exceptionibus à B. oppositis ea elisa sint.

Quod ad prius disquisitionis huius caput attinet, constat ex actis quod actor sese fundat in sti-
2 pulatione, quæ † cum facti sit, ut tradunt Dd. ferme omnes scribentes *ad rubr. & l. 1. ff. de verbor. obli.* probatur scriptura super hoc contractu cõfecta & iudicialiter producta, in qua dicitur, daß ich schuldig vnd anheissig wordẽ bin zwey tausent reinischer guter gangbarer Goltgulden/gerede vnnd gelobe demnach hiemit vor mich & quæ ibi sequũ-
tur, quæ † verba promissionem atq; adeo contra- 3
ctum inducunt per tradita à Dd. *ad d. rubr. & ad l. 5. in princip. ff. de verbor. obligation.* Bald. & aliis *in l. si ex precio, C. si cert. petat.* & quidem contractum stipulationis, eò quod quoties scriptum est aliquẽ pmisisse præsupponatur intervenisse stipulatio *per l. sciendum, ff. de verb. obligat. §. item si scriptum, Instit. de inutilib. stipulat.* idq; procedere in scriptura non tantum publica, sed etiam privata, tex. est *in l. 1. C. de contrah. & committend. stipulat.* & pluribus confirmat Mascard. *de probat. conclus.* 1335. *vol.* 3. ex qua nascitur obligatio, *gl. in §. fin. Instit. de obligat. & in l. & an eandem, §. actiones, ff. de except. rei judic.* & actio ex stipulatu secundum text. *in l. ex placito, C. de rer. permuta.*

De huius autem scripturæ & rei gestæ in illa comprehensę veritate in præsenti causa dubitari non debet. Præterquam enim, quod † scriptura 4
ista vera esse præsumitur per tradita ab Jason. *in l. si post divisionem, in princ. C. de jur. & facti igno.* Socin. *cons.* 95. *num* 2. *volu.* 2. Grat. *resp.* 11. *num.* 3. *volum.* 2. Paris. *cons.* 60. *num.* 6. *vol.* 1. Curt. Sen. *cons.* 55. *num.* 20. *& seq.* Barsat. *consil.* 33. *num.* 11. *lib.* 1. ex actis etiam manifestum est, quod reus subscriptionem & sigillum à se scripturæ illi adiectum recognoverit, cuiusmodi scripturam † recognitam quã- 5
vis privatam eandem fidem mereri, quam meretur publica. multis confirmat Didac. Couvar. *lib.* 2. *variar resolut. cap.* 11. *nu.* 4. Cavalcan. *de tutore. n.* 80 *& seq.* Benev. Stracch. *de mercat. sub tit. quomodo in caus. mercat.* Cravet. *de antiquit. tempor. p.* 1. *§. viso, n.* 2. *&* 15. Zas. *cons.* 6. *n.* 8. *volum.* 1. Schurff. *cons.* 18. *cent.* 2. Wesemb. *consil.* 3. *num.* 33. *& cons.* 27. *nu.* 9. *p.* 1. maxime quod hæc recognitio facta sit in iudicio, quam contra recognoscentem plenẽ probare est text. *in l. Publia, ff. deposi. & in l. cum antiquitas, C de testament.* quæcunq; etiam & qualiscunq; illa sit scriptura, *l. cum de indebito, §. fi. ff. de probatio.* Alexand *consil.* 191. *colum.* 1. *volum.* 2. *Barbat. consil.* 53. *vol.* 2.

Etsi vero B. ipse manu sua instrumentum illud non scripserit, subscripsisse † tamen eum sufficit 6
quia subscribendo quis prorsus censetur consentire in contractum, eumq; plene comprobare & ratum habere, cum subscriptionem suam adjicit instrumento vel scripturæ de contractu illo confectæ, *l. sicut, §. non videtur, vers. sed si subscripserit, ff. quib. mod pign. vel hypoth solvit. l. si ego, §. dotis. ff. de jure doti. l. contractus, verb. subscriptione part. confirm. C. de fide instrum. l. fin. §. subscriptionem, C. de jure deliber. Bartol. Angel. Fulgo. Castrens. & alij Dd. cõmuniter in l. emptor, §. Lucius, ff. de pactis, late Mascar. de probation. conclus.* 1341. *volum.* 3. Paria enim sunt scribere & subscribere, nihilq; interest, sua quis manu instrumentum scribat, an ab alio scripto subscribat, *d. l. sicut, §. non videtur, l. fidejussor, §. Pater, ff. de fidejussor. l. Cajus, ff. de pignor. action. Angel. in l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus. ff. de verbor. obligation. Bald. in Authent. contra qui propriam, colum.* 2. *vers. item quaro, C. de non num. pecun. Innocent. in c. quoniã contra, ex. de probatio. & ibid. Felin. num.* 43. *Paru. consil.* 19. *num.* 108. *volum.* 2. *Modest. Pistor. consil.* 31. *quæ.* 1. *numer.* 3. *volum.* 1. *Rebuff. in Comment. ad constitut. reg. tomo.* 1. *in tractat. de chirograph. & cedul. recogn. in præfat. n.* 51. *Menoch. libr.* 2. *de arbitrar. judic. quæst. casu* 94.

fu 94.numer.decimo quarto, ubi ait subscriptionem totam scripturam cui subiicitur, repræsentare, eamque magis communem dicit Burfat.*conf.39. numer.24.libr.1.* Atque hoc adeo verum est, ut ius de negante propriam scripturam, locum etiam habeat in negante scripturam alienam cui ipse subscripsit, *Bald.in d.Authent.contra qui propriã, vers. Item quæro. Purpurat. in l.admonendi, numer. 166.ff.de jurejur. Dec.in d.cap.quoniam contra, versic. circa secundum, & in Authent.Si quis in aliquo. versic. sed tamen dictum, C.de eden.*

Et quamvis ex sententia Bartoli *in l.divus, §. Item Senatus, ff. ad leg.Cornel.de fals.* scribere & subscribere ita demum paria sint, si subscriptio sit specialis faciens mentionem de iis, quæ superius in ipso instrumẽto sunt in præiudicium scribentis scripta, tamen verior est contraria sententia existimantium subscriptionem generaliter & simpliciter factam sufficere, *Angel.& Imol. in dict.§.Chrysogonus, & Felin.in dict.cap.quoniam cõtra numer.48.* ubi plures alios Dd. huius sententiæ astipulatores laudat.& refutat obiectionem, quæ ex textu *dict. §. Item Senatus*, nititur Bartolus.

Sed præterquam quod supradicta scriptura à reo subscripta est, est etiam eiusdem sigillo ro-
7 borata, quç †sigillatio contra ipsum plene probat, *per gloss.in leg.2. Cod.de reb. alien. non alienandis* quam ad hoc inducit Rebuff.*in d.tractat.de chirograph & cedul.recognit.in præfat.numer.61.* late Mascard. *de probation conclus.1302.volum.3.* quippe quod sigillatio operatur approbationem & ratificationem *Bald.in cap.primo. in verb. Imperial, clement de pace Constant. Cravet. de antiquit.tempor p. 1.§.quæritur numer.44.Roman. consi.301.numer.21 Schurff consi.17.numer.13 cent.3 Bursat.consi.39.num. 26.libr.1.Cephal.consi.141 numer.1 ; libr.1.* non in publicis duntaxat sed etiam privatis scripturis, per allegata à Wesembec.*consi.14.num.62.part.1.* imo quod plus operetur sigillatio, quam subscriptio voluit Purpurat.*in d.l Admonendi, num. 117.* quem allegat & sequitur Wesembec, *d. consi.14. num.3.*

Eidem scripturæ & debitum 2000. aureorum Rhenensium cõfirmatur missiva quadã rei ad actorem sub dato Montags nach Palmarum, Anno 64 in qua reus scribit die 2000. goldgulden/ so ich dir diese Ostern zugeben zugesagt/ & mox, meine Verschreibung/ so ich dir darüber geben/ & iterum, so will ich dich hiemit ermahnet haben/ daß du meine Verschreibung in keine andere Hande kommen lassest/ ex qua missiva apparet promissionem à reo actori factam esse; datum esse reo, ab actore chirographum ad promissionis & debiti probationem, & noluisse reum alius quam actoris debitorem fieri aut esse, quæ simul coniuncta, etiamsi de instrumento principali non appareret, tanti essent momenti, ut ex illis contractus iste abunde demonstrari posset, præsertim quod reus missivam illam recognovit, ut ex procollo actorum cõstat, aut ut maxime eam non recognovisset, ad hunc tamen etiam post terminos omnes effluxos & conclusionem in causam factam recognitio illa peti & fieri posset saltem officio iudicis, per doctrinam Bursati *in cõs. 39.n.19.li.1.*

Neq; de nihilo est quod C. sub eodem dato de eodem debito ad eundem actorem ad petitionẽ rei scripsit, quæ literæ etsi per se solæ contra reũ fortasse non probarent, tamen concurrentibus superioribus, & præsertim quod ab illustri persona emissæ sunt, eandem illam promissionem & debitum satis abunde comprobant.

Hisce omnibus accedit promissionis & debiti huius confessio ab ipso reo hinc inde in actis facta, quæ †vel sola esset sufficiens ad intentionẽ 8
actoris probandam, ita docet Bald. *in c.1. §. Sacramentum.n 15.de consuetud.recti feudi.* Canon.*in rubric.ex.de probat.* ubi in primis Panorm.*n.3.& Fel. n.6.& in c.At si Clerici, in princ.ex de jud.*

Quæ confessio etiam semel duntaxat facta sufficeret, sed †cum sæpius in actis à reo sit repe- 9
tita, tanto fortior est maiorisq; momenti *vulg. l. Balista ff.ad Senatusc.onf.Trebel. late Nicol.Everhard. in loco à vi geminat.* Præsertim etiam quod emissa sit in iudicio, atque à parte actrice acceptata, *Bursat.conf.419.nu.1.& seq li.4.per l.fina.in fin. ff de interrogat. in jure faciend & l.cum te C.de transactio.& post eum Cephal.consi.393 nu.75.li.3 & conf.678.nu. 41.lib.5.*

Quibus ita stantibus apparet actorem habere intentionem suam in iure & facto fundatam, quemadmodum etiam in dubio eam fundatam habere dicendus est *per l 1. in fine & l.seq ff.si cert. petat.Bald.in l.si à furioso co u.fin. versic. interdum est contra ff.eod.& in repetit.l.2 vers.secundo quæritur, ff. de jurejur.* ubi dicit quando est quæstio inter creditorem & debitorem sufficere ut creditor fundet intentionem suam in conventione.

Quod cum ita sit, nunc loco secundo videndum est, an reus intentionem actoris exceptionibus oppositis eliserit. Has autem exceptiones animadverto duplicis generis esse, siquidem nõnullæ pertinent eo, ut ostendatur reum actori nunquam obligatum fuisse, quædam eo, ut ostẽdatur etsi reus obligatus fuerit, non tamen amplius obligatũ esse, aut ut obligatus sit, nondũ tamen eum cõveniri posse. Quin n. reo †exceptio- 10
nibus pluribus uti liceat, dubium nõ est, *l.nullus pluribus de reg j.r.in 6.l.nemo ex his ff.eod.l.u.qu dixit, & l.nemo, ff.de except.* etsi essent contrariç, *Decia.consi. 100 n.30. vol.3.*

Primum naq; actori obiicitur, quod actio ipsi nõ
cõpetat quæ †exceptio litis finitæ est, *de qua Phil. 11
Franc in c.1.de litis contesta.in 6.Blanc.de compromis. part.4 de impediend.lit ingress § tibi non competit actio*, siquidem sine actione experiri non conceditur *vulg l si pupilli, §. videamus.ff.de negot gest.l.2.ff.de dote præleg.glo in l.ubi pactum, C.de transaction, & ibi Dd. communiter.*

Etsi enim reus non diffiteatur se cum actore contraxisse, prætendit tamen id factum esse non nomine ipsius actoris proprio sed non sine procuratorio pro L. id quod satis abunde comprobari videatur ex recessu D. in quo expresse asseritur M. procuratorio nomine p L. transegisse, & de ea summa postea affirmatur, quod agendum sit cũ B. ut is illam in se recipiat & debeat, ut ita ex obligatione quæ non ipsi actori sed alii acquisita est, M. agere nec possit nec debeat.

Nec videtur obstare, quod in scriptura super debito q̃stionis cõfecta nõ L. sed M. mẽtio facta sit,

sit, qā scriptura illa originē habet & occasionē ex modo dicto recessu, atq; adeo illi est ut accessoria
12 ut ita † tanq̄ accessoria leg debeat naturā recessus illius tanq̄ principalis, *c. accessoriū, de regul. jur. in 6. l. cum principalis, ff. eod.* & actus iudicādus sit à causa originali à qua sibi naturam & formam assumit, *per gloss. notab. in l. certi condictio, verb. ex omni causa, in fine, ff. si cert. petat. l. qui id quod, ff. de donatio.* cum alias etiam actus posterior censeatur factus esse secundum tractatum praecedentem, *l. titia §. idem respondit, ff. de verbor. obligation; l. si defensor, §. interrogatus, ff. de interrogation. in iure faciend gloss. in §. Praeterea, verb. expresserit, Institut. de inutilib. stipulat.* adeoq; stipulatio inter actorem & reum super debito quaestionis interposita tractatū praecedentem confirmavit, non etiam ampliavit, *Alexand. & caeteri in l. miles, §. decem, nu. 3. ff. de re judic. & in d. l. sciendum, n. 4.*

Et in specie, quod procurator etsi non exprimat se nomine domini actum gerere praesumatur eum nomine domini facere tradunt Bartolus *in l. post dotem, nu. 11. ff. solut. matrim.* Jas. *in l. cum procurator, num 2 ff. de oper. novi nunciat*, & consulēdo respondit Paris *cos. 72. n. 34. vol. 2.* Gra. *resp. 96. n. 11 vol. 1.* Sylva, *cons. 8. n. 2. qui plures allegant.*

Unde apparet reum errore inductum & ab actore dolose deceptum eo quod actoris nomen simpliciter, quasi debitum ipsius personam concernat, omisso nomine L. in scripturām relatum sit, ut ita & rei consensus in actorem & obligationem cum ipso nullus fuerit per *vulg. l. si quis per errorem, ff. de jurisdi. omn. jud.* & ut fuerit aliquis ob dolum tamen contractus nullus sit, aut certe exceptione doli opposita elidatur.

Secūdo excipitur, ut maxime eum actore cōtractum sit, obligationem tamen inde nullā profectam esse, atq; adeo M. J. actionem non cōpetere, cum in scriptura producta nulla adiiciatur causa, ex qua promissum sit actori, cuiusmodi
13 promissionem † sine causa factam non valere, est text. *in l. 2. §. circa, ff. de doli mali excep. c. si cautio, ex. de fide instrument.* glos. *in d §. circa, verb. sine causa*, ubi diserte tradit, non sufficere si petam quia promisisti, cum specialis alia promissionis causa requiratur eaq; exprimenda sit, sequitur Cephal. *consil. 220 nu. 27. libr. 2.* Bursat. *cons. 304. n. 35. lib. 3.* idque communiter probari scribit Alex. *cons. 152. nu. 2. vol. 2.* Bald. Salicet. & Angel. *in l. generaliter, C. de nō numer. pecun.* & post eos Wesembec. *consil. 31. nu. 5.* quoniam causa facti magis inquirenda est quā factum ipsum, *gloss. in c. occidit 23. q. 5. Felin. in c. dilectus, nu. 10. ex. de rescript.* & paria sunt promissionem nudam esse à causa & nudam esse à stipulatione, *Alexand. in l. 1. num. 39. in princ. & ibid. Jas. col. 2. vers tu confirma, ff. de verb. oblig.*

Neq; vicium illud videtur purgari per verba gewisser schulden/ quia ea nihil exprimunt, & incertitudinem pariunt, *l. praetor edixit, in princ. ff. de jurejur. gloss. in l. ita fidei, verb. rerum, ff. de jure fisci, cum aliis adductis per Cravet. consil. 86, num. 6. & 7. 1.* & cum lex requirit specialem causam non sufficit generalis. *l. 2. § quaesitum. ff. si quis caution. late Barbat. consil. 19. in fine lib. 1.* siquidem illa, quae generaliter fiunt, videntur neglecta, *l. item apud Labeo. §. 1 ff. de iniur. & in l. 1. §. dixerit aliquis, ff. Naut. caupon. stabular.*

Tertio praeter hoc vicium nullitatis, praetensa obligatio aliud vicium, ex quo nulla censeri possit, habere videtur, eo quod nō sit facta secūdum ordinationes & constitutiones Imperii, cuiusmodi conventiones nullas esse praeter innumeras leges & Doctores satis ostendit text. *l. iurigentium, ff. de pact.*

Sed ut maxime cum ipso M. contractum fuerit, ita ut contractus ad ipsum pertineret, non ad alium, tamen ne sic quidem reus teneri videtur, eo quod solutione omnis tollitur obligatio, *in princ. Instit. quib. mod. tollat. obligat. cum simil.*

At cum per ipsum reum non stet, sed actorem, quo minus solutio illi fiat, perinde † habendum 14
est atq; si solutio re ipsa esset facta *l. in jure civili, ubi late Imol. & Socin. ff. de condition. & demonstrat. l. Labeo scribit, ff. de contrahend. empt. l. sed addes, §. fin. ff. locati, l. jure civili, ubi Decius, ff. de regul. jur. cum simil.* Per actorem autem id stetisse ex eo satis superq; probari videtur, quod eum à F. pecunia debita arrestaretur apud S. ipse citatus pro suo interesse non comparuit, sed contumaciter emansit: & quod ad L. I. attinet, is sine dubio fuisse dicitur debitor G. filii H. ut heres patris sui, ut si debitū hoc ad ipsum pertinuit, à debitore B. creditori ipsius recte solvi potuerit, *per l. si opera. ff. de doli mali except. l. si quis, in princ. ff. de regul. jur.* cum brevi manu ab ipso solutum esse censeatur. *l. singularia, ff. si cert. petat. l. qui negotium, ff. mand. l. licet, §. 1. ff. de jure dot. l. in aedib. §. penul. ff. de donat. Alexand. cons. 30. col. 2. vol. 4. Socin. cons. 56. n. 7. vol. 1.*

Quod si debitum ad M. non ad L. pertinuit, reus eo ipso liberari videtur, quod actionem suā adversus Q. vel quēcūq; alium per quē stat quo minus ipsi pecunia debita solvatur, per quam liberari potuisset ab I. si ipsi soluta esset, cedere paratus est.

Postremo cum obligatio B. sit accessoria ad obligationem inter C. & L. I. initam atq; adeo sit quasi fideiussoria, C. ut debitor principalis conveniendus videbatur antequam conveniretur B. quia debitor principalis excutiendus est ante fideiussorem, & ad hunc tum demum deveniendum, si principalis solvendo non sit *Authen. praesente, & ibi. Dd. C. de fidejussor. cum simil.*

Quare cum † is qui perpetua exceptione tutus est, debitor esse desinat *l. Marcellus, ff. de reg. jur. l. debitor, ff. de verbor. signific. l. qui exceptionem, ff de cōdict. indeb. Cagnol. in l. non videtur cepisse n. 5. ff. de reg. jur.* quemadmodum etiam Creditor esse desinit qui exceptione repelli potest, *l. creditor, ff. de verb. significat. l. is qui, §. creditores ff. de obligation. & actio.* & in praesenti causa reus tot exceptionibus munitus sit, videtur omnino intentionem actoris elisisse & ab instituta actione liberandus esse. 15

Verum circumstantiis totius causę accuratius perpensis, exceptiones suprapositae, & si quae eiusmodi aliae excogitari possunt tanti momenti non sunt, ut attendi debeant. Etsi enim in iure pleraeque fundatae sint, id tamen non sufficit nisi in facto etiam verificentur, quia † ex facto ius sumitur, *vulg. l. si ex plagis, §. in clivo, ff. ad leg. Aqui. l. obligamur, §. ex facto, ff de obligation. & action. l. cum, qui, §. 1. ff. de judic.* & iuris est expediti, ut † actoris intentione fundata, si reus eam elidere velit ipse probare teneatur, id quod excipiendo suae in- 16
17

tentionis fundamentum est, *l. in exceptionibus, ff. de exceptio.* cum infinitis aliis & quidem in forma specifica, ut concludat effectum exceptionis, *Angel. consil 61. column. 2. versic. Secundo est advertendum, lib. 2. Dec. consil. 534. colum. 3. Cravet. consil. 218. num. ult. tom. 2.*

At in facto deficiunt omnes. Quod enim primo loco prætenditur cum actore ut procuratore L. I. contractum quæstionis initum esse, in actis nusquam probatum est, ut vulgatum illud hic succedat, paria esse non esse, vel esse quidem, sed non probatũ esse, *Gail. 1. observ. pract. 105. n. 14.*

Tanto autem magis probandum fuerat, quod
18 actum, † quẽ quis gerit in dubio, suo potius nomine, quam altero gerere existimatur, ita textus est *in l. post mortem, §. primo, ff. quando ex facto tutor. l. Titium, §. præfectus, ff. de administr. tutor. l. & magis. ff. de solution. l. si ita stipulatus, §. Chrysogonus, ff. de verbor. oblig. Bartol. in l. si pupilli, §. 1. ff. de negot. gest. ubi citat l. eum, qui mutuam, ff. si cert. petat. legist. in leg. 1. §. nunciatio. ff. de oper. nov. nunciat. Alexand consil. ultim. numer. 10. versic. in dubio, volum. 7. Decius consil. 21. in fine, & consil. 213. col. pen.*

Unde in dubio pecuniæ præsumuntur potius agentis esse, quam alienæ *l. 2. C pro soc. Dd. in dict. l. Titium, Alexand cons. 48 num. 5. volu. 1. & consil. 134. per totum, volum. 5. Paris. consil. ultimo, num. 19. volum. 2.* ideoque in contractu inspiciendum esse, cuius nomine non autem pecunus rei recuperatio petatur, notatur *in l. ad probationem, Cod de probation. & in l. si patruus, C. commun. utriusq. jud.*

Maxime etiam, quod de mandato non appareat, sine quo procurator aliquis esse nequit, ex
19 definitione procuratoris, qua † is esse dicitur qui aliena negocia mandato domini administrat, *l. 1. ff. de procurator* & mandatum, utpote, quod facti sit, *Cephal. cons 652. num. 21. lib. 5. Bursat. consil. 360. num. 93. lib. 4.* non præsumitur, *Bald. in cap. 1. ex. de reb. ecclesi. non alien.* quem textum ad hoc adducit Rebuff. *in tractat nominationum quæst. 13. num. 118.* Cephal. *consil. 311. numer. 74. lib. 5.* Tiber. Decian. *consil. 12. num. 11. volum. 3.* & multis confirmat Mascard. *de probatio. conclus. 1006. vol. 2.* adeo ut mille etiam annis non præsumatur. Secundum magis communem de qua attestatur Bursat. *cons. 24 nu. 20. lib. 1.*

Contrarium vero etiam eius quod à reo asseritur, evidenter constat ex scriptura sive instrumento, super debito quæstionis confecto, ab ipso reo subscripto & sigillato. In eo enim ita asserit reus. daß ich dem bescheiden M. rechter wissentlicher schuld schuldig vnd anheissig worden bin/ & paulo post/ gered vnd gelobe demnach hiermit vor mich vnd meine mitgedachte gerürtem M. J. seinen Erben oder getrewen inhaber dieses Briefs/ 2c. & in fine, besonders ich vnd die Meine sollen vnd wöllen M. J. vnd seinen Mitbeschriebenen diese Verpflichtung/ wie oben gemelt/ stett/ fest vnd vnverbrüchlich halten. Nullibi autem mentio fit L. I. aut quod cum M. tanquam cum pro-
20 curatore contractum sit, ita quod † instrumentum non dicit nec nos dicere debeamus *Bald. in cap. Rodolphus colum. 2. ex. de rescript. & consil. 297. colum. 8. volum. 1. Jas. consil. 159. numer. 2. & consil. 220. volum. 2. Wesembec. consil. 4. num. 31. p 1.* sed omnino standum sit scripturæ, donec cõtrarium probetur, *l. optimam, C. de contrah. & commit. stipula. l. cũ precib. C. de probat.* nec aliud inquirendum sit, nisi quod in instrumento scriptum est, *Bal. in l fi. C. de fals. caus. adject. leg.* & ad dignoscendum, quando quis ex contractu obligatus sit verba contractus diligenter sint attendenda, *l. quicquid astringendæ, ff. de verb. obligat.* cum partes in dubio censeantur voluisse id quod verba important, *l. nepos proculo, ff. de verb. signif. Ias. in l. eam quam, colum. 7. C. de fideicomm. & in l si quis filium, col. 1. in fine, C. de liber. praterit.* & quod in instrumento scriptum reperitur, id actum esse censeatur, *c. dudum, ubi Abbas not. ult. ex. de convers. conjug. Ias. in l. Titia, §. 1. colu. 3. vers. item licet, ff. de verbor. oblig.*

Idem probatur ex supradicta missiva rei ad actorem, in qua etiam nulla fit mentio L. aut ullius procurationis, sed simpliciter dicitur, So ich dir diese Ostern zugebẽ zugesagt/ & mox so ich dir darüber gegeben/ neq; ea missiva opus fuisset si cum M. ut procuratore L. contractum fuisset, siquidẽ tum debitum arrestari respectu M. potuisset, neque ipsius ullo modo interfuisset, & cum contra L. super arresto ageretur, frustra apposuisset reus illa verba, so fern du außfündig machẽ kanst daß du D. erbe nicht seyest/ du dessen zu jederzeit kanst habhafftig werden/ sed potiꝰ scripsisset nihil ipsiꝰ interesse liquidem cũ ipso ut procuratore tãtum contractum esset. Non obstat recessus quia is ab hac causa debiti separatus est: ex separatis a. nihil inferri vulgo receptum est. Et valde verosimilis est actoris assertio de errore in actis circa hanc rẽ allegato, quia recessus iste concernit C. qui sine dubio scivit, inter quos & cum quibus recessum illũ fecerit, & si recessus iste nõ M. sed L. I. principaliter attigisset utiq; in sua missiva ad M. nõ scripsisset, vnd du doch diesen dingen viel näher vnnd in andere wege beykõmen kanst/ oder daß du auch leichtlich außzuführen hast/ 2c. & mox, daß mann nach gestalten sachen dir das deine müsse folgen lassen/ & iterum in fine, du werdest dardurch des deinen wol habhafftig/ quæ missiva tãto majoris est momenti, quod ad petitionem rei ad actorẽ scripta est.

Itaque quod dicitur de accessorio & de originali causa contractus id procedit in dubio & ex præsumptionibus: secus vero est si contrarium probetur, prout ex memoratis circumstantiis contrarium evidenter comprobatur, cum alias etiam traditum sit, contractum secundum non sequi qualitatem cõtractus primi, ubi in eo qualitates sunt diversæ, *Bart. in l. si quis nec causam, n. 3. & 4. ff. si cert. petat. Gomez. in §. fuerat, nu. 13. limit. 5. Instit. de action. Cagnol. in d. l. singularia num. 192. post Bartol. nu. 21. & ibi Bologn. n. 105.* ubi de communi attestatur. Præsertim cum verba recessus, de procuratore enunciativa sint non dispositiva quę nihil probant & ut maxime M. procurator in illo dicatur, tamen pro procuratore propterea habendus non sit, quia de mandato non constat.

Quod autem reus ait se † errore inductum 21
promisisse, id non præsumitur, Corn. *consil. 17. colum. fin. volum. 4.* Menoch. *cons. 89. numer. 121.* ubi allegat etiam Jasonem & Cravettam, ibidem addit omnes hoc dicere *in d. l. post divisionem*, & plures cumulat Mascard. *de probat. conclus. 636. & seq. vol. 2.* & tãto minꝰ errasse præsumit̃, q̃ nõ C. tantũ

sed

sed ipse etiam reus in suis missivis affirmant, atq; ita quidem iterato debitum hoc pertinere ad M. ut principalem, ex cuiusmodi assertionis iteratione errorem non præsumi respondit Dec. *cons. 185. nu. 13. & in c. literis. verb. admonita, ex de divort.* quem allegat & sequitur Mascard. *de proba. conclu. 657. n. 27. vol. 2.*

Error etiam prætensus tollitur per clausulam instrumenti rechter gewisser schulden / quæ clausula non ad certitudinem tantum debiti sed &t ad certitudinem personæ cui debetur refereñda est, & scientia ignorãtiæ atq; adeo errori opponitur.

Quinimo ut errasset sibi imputare debebit, cum iure cautum sit ut qui cum alio contrahit, sciat cuius conditionis ille sit, aut certe scire debeat. Patria a. sunt scire, vel ignorare: Sed tamen scire debere, *vulg. l. qui cum alio, ff. de reg. jur.*

Multo minus dolus, quo se inductum reus asserit, actori obstabit. Ut enim error ita & dolus in facto negatur, adeoq; probandus erat cum nõ
22 præsumatur, † ut tradunt Gramma. *voto 10. n. 20.* Cravet. *cons. 319 n. 1. t. 2.* Meno. *cons. 35. nu. 26.* quo pertinet text. *in l. quoties. §. qui dolo, ff. de probatio. l. merito, ff. pro socio, c. dudum, ex. de præsumpt. c. 1 de renunciat. in 6. & latissime Mascard. de probation. concl. 531. per totam, vol. 1.* quod tamen factum esse, ex actis animadvertere non potuimus.

Et licet præsumptiones aliquæ dolum hunc, & errorem & quod cum reo ut procuratore cõtractum fuerit arguere videantur, præsumptiones tamen illæ cessant, si contrarium ostendatur & probetur, sicuti hoc casu factum est per instrumentum debiti, per missivam ipsius rei & per missivam C. quæ probatio adiuvatur allegatis præsumptionibus, quæ ipsæ cũ plures sint & fortiores, & specialiores pro actore quam pro reo, vel per se solæ enervarent & tollerent eas, quæ pro reo allegantur, aut allegari possunt *per jura vulgatissima*, quibus dicitur, quod præsumptio præsumptionem tollat, & plures pauciores, & fortiores debiliores, & speciales generales, per deducta à Menoch. *li. 1. de præsump.* & alios DD. in lecturis & consiliis.

Similiter, quod de defectu causæ obligationis affertur actoris intentionem non elidit, quia utrinq; constat stipulationem hanc antecessisse aliquam causam, ad quam ipsa referri debeat, *juxta gloss. & Dd. in l triticum. ff. de verbor. obligatio. cum aliis citatis per Feli in d. c. si cautio, n 14 fallent. 12.* causam nimirum delegationis, quoniam reus debebat C. & hic vicissim M. adeo ut quamvis delegatus adversus C. delegantem exceptionẽ hanc habuisset, eam tamen illi, cui delegatus, opponere nequeat *l. doli exceptio & l. si quis, cũ l. seq ff. de novat.*

Deinde cum promissio sine causa facta propterea non valeat, quoniam præsumitur, quod promissor erraverit, ut tradunt Dd. *in d. c. si cautio.* in præsenti casu omissio causæ non vitiat, quia præsumtio erroris tollitur præsumptione resultante ex sagacitate ac solertia rei cõventi, ob quã solertiam eius credendum non est, quod scripsisset promisisset, nisi vere debitor extitisset, ut ferme in terminis concludit Cephal. *cons. 108. n. 9. & seq. lib. 1.*

Præterea obligatio hæc videtur geminata esse, eo quod instrumentum super ea confectũ, & eadem missiva subsecuta, quin etiam confessione ipsius rei in actis facta dicentis daß er zubezahlen wehre vhrpittig gewessen / wenn das Gelt mit Arrest nicht wehre beschlagen worden confirmata est † in cuiusmodi geminata obligatione causæ 23
expressionẽ necessariã non esse, communẽ esse Legistarum & Canonistarum opinionem *in c. per tuas, ex. de arbitr. & in rubr. ff. de legat.* 1. testatur Jas. *in l. si pacto, quo pœnam, nu. 4. C. de pact.* Felin. *in d. c. si cautio, n. 39 fall. 9.*

Constat etiam, quando contractui accedit nõ modo iuramentum, sed etiam promissio loco iuramenti, quod tunc valeat & obliget etiam sine causæ expressione, *Jas. in §. in personam, nu. 48. Insti. de action.* At vero reus instrumẽto inseruit se promissa sua servaturum esse trewlich / quam promissionem loco iuramenti esse pluribus deducit & comprobat Wesemb. *cons. 38. n. 22. p. 1.*

Nec verosimile est reum nisi causa aliqua debiti præcessisset sese tam arcte & circumstantialiter obligaturum vel etiam passurum fuisse, ut pecunia arrestaretur, ut hoc modo speciem falsitatis habeat, quod à reo dicitur causam obligationis nullam subesse.

Quamob causam in hac etiam exceptione fundãda clariores & fortiores ꝓbationes, q̃ quæ factę sunt, requirebantur per notata Abba. *in c. quia verosimile, notab. 2. ex. de præsumpt.* Specular. *in tit. de probation. § si. colum. fin.* Bald. *in l. transactionem, C. de transactio.* Alex. *cons. 109 in fine, vol. 3.*

Nec de nihilo est, quod in instrumento dicitur rechter gewisser schulden / quia ex verbis illis arguitur certa rei scientia, quæ † clausula facit, 24
ut actus alioqui nullus & invalidus firmetur, *c. 1. c. veniens c. confirmatum, ex. de transaction. Bart. in l. si constat ff de appellatio. Burs. cons. 47. n. 22. lib. 1. Ceph. cons. 302. n. 36. lib. 3.* Quin & aliæ clausulæ ad finem instrumento adiectę constantem atq; firmã eius voluntatem efficiunt, *Burs. cons. 396. n. 2. li. 4. Ceph. cons. 58 n. 18. li. 1*

Sed & illa exceptio quod contractus ille initus sit contra ordinationes & constitutiones Imperii in facto deficit, & turpe est reum ea in re propriam suam allegare turpitudinem si omnino ita est. Nam totum hoc negocium cepit à magistratu illius loci, ubi contractus initus est, à magistratu illius loci reus actori delegatus est, atq; ita promissionem etiam rei coram magistratu illius loci actori factam esse consequens est, neq; requiritur ut instrumentum super eo etiam corã magistratu factum sit, cum ad probationem cõtractus non ad solennitatem eius instrumentum interpositum sit, *per vulgata.*

Porro solutum esse quidquam à reo in facto negatur, adeoq; eam solutionem reus probare necesse habet, per ius notissimum, quod † solu- 25
tionem allegans eam probare debeat, late Masc. *de probat. conclu. 1318. vol. 3.*

Quod autem reus actori ipsi nihil solverit, ipse fatetur. Id vero quod re' probare conatur, nimirum, solutionem factam esse H. aut certe ad H. impetrationem depositam, probare in præsenti causa est irrelevans, ut ad probandum admittendum non sit, aut ut probatum maxime esset, non tamen attendendum sit. Fundamentum enim, quod hac in re ponit reus, viciosum est, nimirum

mirum pecuniã à se debitam deberi nõ M. sed L. atque adeo cum L. I. ut heres debitor fuerit O. G. recte illi solutum esse. Jam enim in superioribus ex actis & iure deductũ est, debitum illud nõ ad L. sed ad M. pertinere, neque adhuc contrarium eius ostensum: M. autem G. debitorem nõ fuisse, ipse etiam reus fatetur. Quare acta inter G. & inter L. tanquam O. heredem M. ut tertio præiudicare non debuerunt, & iuris est ut alteri per alterum deterior conditio inferri non debeat, & quod alterius odio alius prægravandus non sit, & quod nostrum est, sine facto nostro ad aliũ transferri nequeat, *per jura vulgatiss.*

Idem ipse etiam reus satis intellexit, ideoque scripsit ad actorem si O. heres non esset, debitum ipsi solvendum esse. At M. non esse heredem O. præterquam quod non præsumitur, ex eo etiam constat, quod O. heredes habet suos liberos, in quorum numero M. non est, quod tam est notorium ut reus negare non audeat.

Actorem autem citatum esse pro suo interesse ad processum super arrestatione debiti ab H. institutũ, negatur, neq; videmus à reo illud probatum esse, prout ab ipso fieri debuisse ex iis cõstat quæ persequitur Mascard. *de probatio. conclus. 290. per totam vol. 1.* cui consequens est, ut reus ab actore liberatus non sit, sed ipse etiamnũ teneatur non attentis illis quæ circa processum illum facta esse dicuntur. Quamvis reus ita processum esse affirmet, quidem, nõ tamen probet, & super controversia inter H. & L. J. in Camera Imperiali disputetur, utrũ O. aliquid G. debuerit, ut etiãsi debitum hoc ad L. pertinuerit arrestatio tamen illa fieri non debuerit, ac perinde sit ac si pecunia illa arrestata non sit, quæ disputatio cum huius loci non sit studiose à nobis prætermittitur.

Cum vero pecunia arrestata non sit actoris, sed rei, ipsius est ut eam liberam faciat ab arresto, si quod est, præsertim quod etiãsi pecunia ista arrestata omnino deperdita fuisset, nihilominus reus actori teneretur, cũ ad istam pecuniam solutio astricta non sit.

Nec elabitur reus oblatione cessionis actio-
26 nis suæ, quam habet contra H. quoniam † aliud pro alio invito creditori solvi non potest, *leg. 2. §. mutui, ff. si cert. petat. l. qui res suas, §. mihi Roma, vers. nemo enim, l. si cum aurum, ff. de solu.* neq; consultum est actori, ut loco obligationis certæ, accipiat eã, quæ incerta est.

Quod de obligatione fideiussoria affertur, per seipsum concidit, nec dignum est in quo refutãdo aliquid operæ ponatur, reum enim non nomine fideiussorio sed principaliter actori obligatum esse, instrumentum super cõtractu factũ, utraq; missiva & multiplices ipsius confessiones satis superq; demonstrant. Et in summa cũ reus in contractu tam in specie quam in genere om-
27 nibus exceptionibus renunciaverit, non † datur ei adversus renunciata regressus *late Toming. deci. 1. per totam.* & indignum est, quod quis voce sua protestatus est, ut hoc infirmet *c. per tuas in fine, ff. de probat. l. generaliter, C. de non num. pecu. Rebuf. in d. tract. de chirogr. & cedul. recogni. in præfat. n. 25.*

Quare cum exceptiones à reo actioni oppositæ eiusmodi non sint, ut per eas intentio actoris elisa esse videri possit, consequens est, ut reus promissioni suæ satisfacere teneatur, ex generali illa regula, quod † nihil tam sit bonę fidei conveniẽs, 28
quam ut id, de quo cõvenit servetur, *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constitut. pecun.* & quod illud quod semel placuit displicere amplius non debeat, *c. quod semel. de reg. jur. in 6.* nec debet quis consensum, quem semel accommodavit, revocare, *l. per fundum, ff. de servitut. rustic. præd. l. in diem, ff. de aqua & aqui. pluv. arcend. cum simil.* quia licet contrahere ab initio voluntatis sit, tamen ubi semel contractũ est, est necessitatis, *§. mandatum, Institut. de manda. l. si mandavero, §. fin. ff. eod. l. in commodato, §. sicut, ff. commod. l. quamvis, ff. de pignorat. actione, cum similib.* Hinc is, qui actui consensit servare eum tenetur sive ab initio, sive ex post facto consenserit, *Angel. in l. si res, §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Dd. in l. si quis mihi bona, §. jussum, ff. de acquirend. vel amitt. hered.* & qui promisit solvere tenetur, *Jas. in dict. l. singularia, num. 32.* Et quod promittens ex solo assensu naturaliter obligetur ad servanda promissa tradit Cephal. *consil. 272. numer. 103. libr. 2.* Unde Joan. Faber, *in l. fidem rumpens, Cod. ex quib. caus. infam. irrogat.* dicit, quod in omni contractu & re in qua fides rumpitur fidem rumpens contrahat infamiam saltem facti, idq; non inter privatos tantum, sed etiam principes locum habere, qui etsi legibus soluti dicantur, pacto tamen obligãtur, *c. 1. ubi Canon. ex. de pact. Bald. in c. 1. de nat. feud.* quinimo & ipse Deus pactum homini servare debere ait Dec. *in l. creditori numer. 14. Cod. de pact.* Quinimo dolum argui, si quis promissa servare nolit respondit Craver. *consil. 6. numer. 96. t. 1. per l. dolus, ff. mand. leg. prima, §. Est autem, ff. deposit.* Alexand. *consil. 52. numer. 3. & consil. 84. numer. 4. volu. 6.* Corn. *consil. 116. volum. 1. & consil. 128. numer. 4. volum. 3.*

Quod si vero promittens promissioni satisfacere detrectet, ad id à iudice cogẽdus est, quod in præsenti causa tanto magis fieri debet, quod reus instrumentum à se subscriptum & sigillatũ recognovit, cuiusmodi † scripturam recognitã 29
executionem habere paratam tradit Rebuff. *in d. præfat. numer. 44.* eo quod confessus pro iudicato habetur, *l. unic. C. de confess.* & iudicatũ habet executionem paratam, *l. à divo Pio, §. 1. & seq. ff. de re judicat.* adeo ut recognoscens scripturam, etsi debitum neget, nihilominus solvere cogendus sit, *Rebuff. in d. præfat. n. 50.*

Et confessio † debiti, præsertim in iudicio fa- 30
cta, ut in nostro casu tantę est importantiæ & roboris, ut iudex post instantiam etiam peremptã possit sententiam ferre contra confessum ex vi notorii, *secundum Bald in l. properandum in fine princip. Cod. de judic. Marant. in Specul. suo judic. part. 5 numer. 60.* cum notorium illud esse dicatur, quod per confessionem alicuius apparet. *glos. in c. vestra. ex. de cohabitat. Cleric. c. cum olim ex. de verbor. significat. Bartol. in l. scriptus, ff. de relig. & sumpt funer. Afflic. decis. Neapolit. 176. in princip. Mascard. de probation. conclusion. 1106. numer. primo, & sequent. volumin. primo.*

Quod ad interesse attinet idem ex stipulatione à die, quo sors soluta non est, debetur, quod iure civili & pontificio ∴fundendum esse notius est, quàm ut per iura id deducere necesse sit.

Qui-

Quibus positis concludo, Reum ad soluenda duo millia aureorum Rhenensium debitorum, una cum interesse promisso ex die moræ condemnandum esse.

Expensas utrinque compensandas existimo,
31 quia † qualemqualem litigandi causam habuisse videtur reus ob processum X.& quod causa promissionis,quæ fuit, non est expresse instrumento debiti inserta,cuiusmodi litigandi causam habentem,in expensas non esse condemnandum, tradunt gl.& Dd.*in l.properandum. C.de judic.*tametsi hæc res rectius judicis arbitrio relinquatur, Bald. *in l generaliter. §.1. C.de reb.credit. & in l.edita. col.6. C.de edendo.*

Hermannus Vultejus respondit mense Octobri,anno 1588.

CONSILIUM XX:

Quod est

PHILIPPI MATTHÆI

Jurisconsulti, scriptum nomine facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi.

SVMMARIA.

1 *Veritas ex contrariis magis elucescit.*
2 *Clausulæ*, sponte, consulto, & ex certa scientia,*quemvis actum corroborant & favorabiliorem faciunt.*
3 *Eademq; tollunt vitium subreptionis,errorem,ignorantiam,& quemvis defectum alium.*
4 *Testantium voluntates sunt favorabiles.*
5 *Testatoris voluntatem sequi debemus, ut venator leporem.*
6 *Testatoris potestas prævalet statuto.*
7 *Princeps non potest facere, ut alterius voluntas ultima non servetur.*
8 *Testantium voluntatem sortiri exitum publice interest.*
9 *Non est à voluntate testatoris recedendum,etiamsi dispositio ex eo reddatur inutilis.*
10 *In dubio pro validitate testamenti interpretatio facienda est.*
11 *Conditio ferendi arma & insignia alicujus familiæ, censetur facta ob conservationem familiæ.*
12 *Testamenta ad conservationem familiarum spectantia,concernunt favorem publicum.*
13 *Privationis pœna jure subsistit.*
14 *Et irrogatur ipso jure.*
15 *Renunciare cuilibet licet juri pro se introducto.*
16 *Renuncianti non datur regressus ad renunciata.*
17 *Transmitti non potest in heredem jus repudiatum.*
18 *Nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet.*
19 *Fictio juris pro veritate habetur.*
20 *Adoptivi naturalibus æquiparantur,quod declaratur num.60.& 62.*
21 *Adoptivus in successione præfertur ascendentibus adoptantis.*
22 *Sui excludunt ascendentes.*
23 *Idq; indistincte omni casu.*
24 *Adoptati à Senatoribus & Decurionibus iisdem gaudent privilegiis.*
25 *Conditionem semel impletam esse sufficit, & numer.64.*
26 *Pacto fieri potest,ut quis heres sit ad tempus.*
27 *Fœmina semel exclusa.& ipsa & ipsius posteri semper exclusi censentur, quod declaratur numero 66.*
28 *Jus semel extinctum reviviscere non potest.*
29 *Viciosum ab initio, tempore non convalidatur, quod declaratur num.68.*
30 *Renunciationis tenor est attendendus.*
31 *Renunciantis mens & intentio cumprimis est spectanda.*
32 *Limitata renunciatio restringenda est ad limitata.*
33 *Limitatæ causæ effectus est limitatus.*
34 *Renunciationes filiarum sunt odiosæ.*
35 *Renunciationes sunt stricti juris.*
36 *In dubio contra renunciationem judicandum.*
37 *Cessante causa cesset effectus.*
38 *Statutum vel consuetudo excludens à successione, intelligitur temporaliter.*
39 *Conditionibus certis concessa eventu illarum possunt repeti.*
40 *Transmitti potest hereditas.*
41 *Parentes & liberi una persona esse censentur.*
42 *Repræsentationis jus est favorabile.*
43 *Bona restitutioni subjecta alienari nequeunt.*
44 *Ac ne ad pias quidem causas.*
45 *Res alienæ legari possunt, non item institutionis titulo relinqui.*
46 *Leges dominantur in testamentis.*
47 *Favor unius non debet detorqueri in alterius odium.*
48 *Favor familiæ conservandæ restringendus.*
49 *Prohibitio nulla nullam meretur pœnam.*
50 *Dispositio legi contraria nullum parit effectum.*
51 *Conditio deficiens actum reducit ad non actum.*
52 *Paria sunt non fieri, aut fieri, sed sub conditione non purificata.*
53 *Transmissio fit juris quæsiti.*
54 *Habitus ad transmittendum sufficit.*
55 *Transmitti potest in vim pacti debitum.*
56 *Adoptionis requisita.*
57 *Facta non præsumuntur.*
58 *Qualitas allegata est probanda.*
59 *Renunciatio ex usu loquendi declaranda est.*
61 *Constitutio novella augens filiorum legitimam,non pertinet ad adoptivos.*
63 *Statuti verba non verificantur in casu ficto.*
65 *Filia non perdit legatum ipsi factum, cum vidua fuerit,etiamsi postea vidua esse desinat.*
67 *Qualitas adjecta verbo.secundum tempus verbi intelligenda est.*
69 *Liberorum successio est prima.*
70 *Repræsentatio in successione liberorum locum habet.*
71 *Repræsentatio etiam in feudis locum habet.*
72 *Repræsentatio etiam in ea successione, quæ ex statuto defertur,locum habet.*
73 *Liberi non sunt in potestate avi materni.*
74 *Liberi in testamento à matre preteriri non debent.*
75 *Aequalitas in succedendo est inter liberos.*

76 *Hereditatis consequendæ causa duo remedia jure sunt prodita.*
77 *Retentio favorabilior est, quàm acquisitio.*
78 *Frustra fit per plura, quod fieri potest per pauciora.*
79 *Hereditatis petitio non datur contra possidentem titulo.*
80 *Paria sunt, viciosum habere titulum, & nullum.*
81 *Hereditatis petitio etiam contra coheredes competit.*

Auspice Christo, qui & via ad veritatem & ipsa veritas est.

HYPOTHESIS responsi, quod à nobis in præsenti petitur, est eiusmodi: Dominus V. de F. diem suum obiit anno Christi Salvatoris nostri 1501. relictis post se filio G. & neptibus duabus, V. & A. prognatis ex altero filio T. qui jam ante in anno 1497 fuerat mortuus: ex bonis item præter alia, relicta ditione M. quam anno 1467. de suo mercatus fuerat. Domino G. tum ditio M ut & cętera bona omnia, neptibus ex fratre T. honeste dotatis, cesserunt. Hic G. posteaquam ex priori conjuge filium unicum C. & filias duas A. ac C. Et vero ex conjuge posteriori filiam S. susceperat; anno Christi 1528. vita excessit. Post prędictæ tres filiæ A. C. & S. singulæ singulis aureorum millibus quatuor in dotem acceptis, in favorem fratris C: conservationemq; agnationis suæ bonis ex hereditate sibi debitis solenniter renunciarunt. Et S. quidem (de reliquarum namque renunciationibus certi ad nos nihil delatum est) in sua renunciatione, quam demum in anno 1536 die 28. Martii de paternis fraternisq; bonis fecit, expresse sibi reservavit successionem, si quando masculos de familia F. nullos superstites fore cōtingeret. Eodē illo anno 1536. obiit Dominus C. unico relicto filio G. cui similiter ditio M. & reliqua, quibus pater potitus fuerat; omnia obvenere. Postea circiter annū Christi 1575. obiit & ipsa S. relictis post se marito E. & filiis duobus W. & O. de Ven. Progressu temporis modo D. G. de F. cum nec masculum, nec ullos alios liberos ex sua conjuge susceptos haberet, jamq; spes consequendæ prolis eum prorsus deficeret, testamentū solenne condidit, in quo suam ex sorore C. neptem M. Othonis Henrici Comitis de S. filiam, & W. Baronis in M. filium natu majorem V. heredes scripsit: Reliquis vero consanguineis, tam ex A. C. & S. suis amitis, quam ex T. patruo magno descendentibus certam aureorum summam jure legati reliquit, atque in ea voluntate anno 1586. Calendis Novembr. è vita migravit. Heredes scripti hereditatem sibi à testatore assignatam adeunt, & cum alia, tum inprimis ditionem M occupant, in omnibus sese pro heredibus gerentes. Supra nominatus E. de V. simulac de morte Domini C. de F. factus est certior, heredes scriptos nomine filiorum suorū interpellat, petens eos ad illam portionem, quæ matri, si superstes fuisset; deberetur, admitti: quod masculi ex familia F. nulli amplius superessent, & sic conditio, sub qua successionem sibi sua conjux S. in renunciatione reservasset, plene jam extitisset. Nomine heredum W. de M. respondet, solidam hereditatem filio suo V. & M. testamento relictā, ipsius vero filiis quatuor aureorum millia à testatore legata esse, in quibus si acquiescere isti nolint, fore ut ex ipsius testatoris voluntate & dispositione expressa pecuniæ legatæ jacturam facturi sint.

Hinc jam de quatuor potissimum ex nobis quæritur, quorum primum est: An E. de V. filii superstites in portione ista hereditaria, quæ matri S. statim à morte patris sui G. competiit, vigore memoratæ conditionis renūciationi insertæ succedere possint: stante testamento, quo heredes à G. familiæ F. ultimo solēniter instituti ad totam successionem vocantur?

Alterum est, quod si testamentū illud prædicti E. filiis non obstet, quo minus quotā hereditariam matri suæ in initio debitam petere de jure possint: Anne liberi non solum ex A. & C. sororibus S. consanguineis, sed etiam ex T. de F. descendentes, pari jure suorum parentum quotā hereditariam vindicare possint?

Tertium, quod si hoc possint, qua tū actione, & corā quo judice experiri cōmodissime queant adversos scriptos heredes, qui sibi solis totam hereditatem vendicant?

Quartum, quod in quæstionē venit, est, utrum consultius ac satius S. filiis sit separatim, an vero coniunctim una cum liberis ex T. A. & C. procreatis suam in judicio quotam persequi?

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

PRimæ quæstionis veritas magis elucebit, si in † utramque partem illa disputata fuerit, 1 argumento eorum, quæ notant Doctores *in l. unic.*

unic. in princip. C de caduc. tollend. Bald. *in l. 4. ff. de iustit. & iur.* & Roland. à Valle *in cons. 90. nu. 1. vol. 4. per l. fin. §. mixta. ff. de muner. & honor.* Itaque videndum prius, anne rationibus juris consentaneum sit, si dicamus, filios S. ad hereditatem, de qua in præsenti sermo est, admitti neutiquam posse. Et sane primum illud arguere videtur solennis illa Domini G. de F. testatoris dispositio annis abhinc tribus facta, in qua ditionem M. cæteraque omnia, quæ in bonis habuit, quæque in legata erogata non essent, ad nullum alium, quàm ad V. Baronem de M. & M. suam ex sorore C. neptem ceu coheredes suos designatos & scriptos deferri voluit, quemadmodum videre est ex sequentibus modo dicti Domini G. testamento, sub §. Vnd dieweil die Institution vnd Erbsatzung/ꝛc. insertis verbis: So setzen wir hiemit wissentlich vnd wolbedächtlich/ willkührlich/vnd auß bewegenden guten Vrsachen zu vnsern rechten/wahren/vnd ohnzweiffelichen vniversal Erben aller vnser vbrigen Verlassenschafft/ so wir/ wie oben vermeldet/in diesem Testament oder hernacher nicht verschafft haben / Ein / deß Wolgebornen W. von M. Freyherrn zu W. vnsers freundtlichen lieben Vettern ältern Sohn / V. von M. Freyherrn zu W. neben vnd mit weylande der Wolgebornen vnser freundtlichen lieben Schwester C. Grävin von S. ꝛc. geborner Freyin von F. ꝛc. bey dem Wolgebornen D. Graffen zu S. ꝛc. Röm. Kay. M. Rath / auch Fürstl. Bayrischen Landt vnd obristen Hoffmeisters ehelich erworbener Tochter / Fräwlein M.
1 also daß / wann der Allmächtige vber kurtz oder lang vns auß diesem zergänglichen Leben ohne Eheliche Leibserben erforderen würde / sie beyde V. von M. vnd Fräwlein M. Grävin von S. sampt vnd sonders vnsere rechte / wahre / einige Erben der zeitlichen Güter / vnserer Herrschafft M. vnd anderer vnserer vnverschafften Verlassenschafft seyn vnd bleiben sollen/ꝛc.

Hinc satis liquet, Dominum G. duntaxat V. Baronem de M. & M. successores sibi cooptare universales, & omnino velle, ut his solis bona, quæ post mortem suam, extra legata scripta, relicturus sit, adjiciantur: quod urgentibus ad hoc inductus fuisset rationibus, ac proinde sponte (seu quod idem est, *juxta l. 1. C. de legitim. tutor. & l. 1. ff. de testament. tutel.* motu proprio) adeoque consulto & ex certa scientia sic disposuisset.
2 Quæ sane † clausulæ prægnantes sunt, & non solum actum, cui interponuntur, corroborant, verum etiam extendunt, ut notabiliter dicit Bald. *in cap. ex parte. in fin. extra. de constitut. & in l. nominationes. 27. Cod. de appellat. gloss. in cap. dudum. versicul. concessionem prædictam. extra. de decim.* quippe cum favorabiliorem faciant actum quemvis, ita ut latissimam interpretationem mereatur, *per notata in cap. si motu proprio. § si pluribus. extra. de prabend. in 6. Decius consilio* 401. *numero* 1. *consilio* 410. *numero vigesimoprimo, & consilio* 468. *numero decimoquarto. Gozad. consilio* 8. *numero* 20. *Grat. respons.* 9. *numero centesimo septua-*
3 *gesimo octavo, lib. 1.* Sed & † vitium subreptionis, errorem, ignorantiam & dolum quemvis per huiusmodi clausulas tolli, tradunt Bald. *in cap. nisi specialis. colum. 2. versic pone in literis. extra. de offic. delegat.* Dec. *in cap. ad aures. colum. 4. extra. de rescriptis.* idem Bald. ut & Bartol. *in l. sed etsi quis. §. quæsitum. & §. final. ff. si quis caution. in judic. sist.* idque consulendo secuti sunt Alexand. *consilio* 4. *numero* 17. *& consilio* 42. *volum. 1. item consil.* 223. *volum. 2.* Socin. *consilio* 59. *numero* 33. *& cons.* 125. *num. 2. volum. 3.* Paris. *cons.* 96. *num.* 70. *volum. 1.* Roman. *cons.* 327. *num. 9. & seqq.* ut sic de suprema huius testatoris voluntate tanto minus dubitari debeat.

Jam vero testantium † voluntates favorabiles 4
sunt, atque ita comparatæ, ut jura dicant, disponat testator, & erit lex, *§ disponat. authent. de nupt. l. cum virum. Cod. de fideicommiss. l. 1. Cod. de sacrosanct. eccles. Laurent. Calcan. cons. 8. colum. 11.* ubi inter cætera scribit: sicut factum contra formam legis dicitur nullum, ita illud, quod fit contra voluntatem testatoris, nullum dicetur: cum voluntas testatoris vim habeat formæ legalis, ut maxime illa dura sit, Cravetta *consil. 1. num. 1. per l. prospexit. 12. in princip. ff. qui & à quibus manum. lib. non fi.*

Unde etiam Bald. *in l. quindam. 46. ff. de hered. in-* 5
stit. ait, quod voluntatem testatoris sequi debeamus, sicut venator leporem, cum omnia regat, gubernet, primumque locum obtineat, *per l. in conditionibus. 19. in princip. ff. de condit. & demonstrat. Socinus junior consilio 83. numero primo, & consilio nonagesimo tertio, numero secundo, volumine primo.*

Quin † testatoris in disponendo potestatem 6
maiorem esse, quam statuti, præter alios notant Decius *cons. 11. num. 9. vers. non obstat.* & Cravetta *cons. 174. num. 6.*

Quæ causa est, quod † nec summus princeps 7
facere possit, ut testamentum alterius non servetur, *l. si testamentum. Cod. de testament. & facit textus in l. instrumenta. Cod. de precibus Imper. offer. Dec. consil. 403. numero 14. & consil. 557. numero 4. & 5.*

Siquidem † publice interest voluntates te- 8
stantium exequi, *l. vel negare. ff. quemadmod. testam. aper. cap. ultima voluntas. 13. quæst. 3. & facit l. non usque. ff. si quis à par. fu. manumiss. §. per traditionem. Instit. de rerum division. Bald. in l. Gallus. §. quod si is. in 3. notab. ff. de liberis & posthumis. Dec. consil. 499. num. 3.*

Quocirca cum in præsenti casu & de testamento, & de mente Domini G. testatoris manifeste constat, nulla videtur esse ratio, ob quam mos illi geri non debeat; præsertim cum alias juramenti testatoris tantum indulgeant, ut † ab 9
ea recedi nolint, etiamsi dispositio illa reddatur inutilis, *l. si quis à filio. in princip. ff. de legat. 1. Jason in l. verbis civilibus. ff. de vulgar. & pupillar. substitut. Cacheranus decision. Pedemontan. 126. numero 25.*

Hinc est, quod † ea interpretatio in dubio su- 10
mi debeat, per quam testamentum salvatur, *l. si pars. in princip. ff. de inofficioso testamento. Dec. consilio 284. colum. 3. Jason consil. 26. colum. 1. in fin. volum. 1. Paris. consil. 32. numero 29. volum. 2. Cravetta consil. 143. numer. 3. 15. & 16. Roland. à Valle consilio 82. numero decimoseptimo, volum. 1.* Wesembecius *consilio 85. numero 47. & consilio 88. numero 12.*

Deinde

Deinde S. filiis, quo minus ad cupitam suc-
cessionem admittantur, & illud cumprimis ob-
stare videtur, quod testator cognati sui Domini
W. Baronis in M. filium V. non simpliciter, sed
hac conditione heredem instituit, ut post ipsius
mortem & nomen & insignia familiæ F. usurpa-
ret, non aliter ac si ex ipso testatore procreatus
esset: quem in finem quoque bona cum patris
ipsius pace ac voluntate eum adoptavit, id quod
in dicto §. Vnd dieweil die Institution vnd Erb-
satzung/ꝛc. his verbis ostenditur, Daß auch erst-
gemeldter V. von M. für sich/ seine nachkom-
mende eheliche Leibs Erben / vnd Erbens Erben/
für vnd für vnsern Namen / benemlich V. von
F. Freyherr zu M. ꝛc. vnd vnser Wappen / mit
Schilt vnd Helm / wie wir vns dessen dieser Zeit
gebrauchen / führen solle / Darzu wir jhne dann
hiemit in bester vnd beständigster Form Rech-
tens / auch mit gutem wissen vnd willen obge-
meldts seines Herrn Vatters / vnd sein selbst/
an vnsers eigen Eheleiblichen Sohns statt ad-
optirt vnd angenommen haben wöllen/ ꝛc.

Ex quibus omnibus aliud nihil colligitur,
quàm testatorem ad solam familiæ suæ conser-
vationem respexisse: siquidem conditio hæc,
11 ut † quis teneatur ferre insignia & nomen fami-
liæ, hanc solam habet rationem, ut ipsius fami-
liæ nomen conservetur, per ea quæ notant So-
cin. *in l. quibus dictur. 40. §. Thermus. versic. & præ-
dicta. ff. de condit. & demonstrat.* Dec. *consil. 273. co-
lum. 2. versic. prædictis non obstantibus.* Paris. *consil. 15.
numer. 77. & seq. item consilio 19. volum. 1.* Guid.
Pap. *quæst. 251.* Tiber. Decian. *respons. 1. num. 289.
volum. 1.*

Itaque testamentum hoc tanto minus infir-
maturi videntur S. filii, cum favorem publicum
12 concernere dicantur ea testamenta, quæ † ad
familiæ conservationem tendunt, *argumento l. 1.
§. penult. ff. de ventre inspiciend.* proindeque plenissi-
mam interpretationem mereantur, *argumento
l. 2. §. exercitum. ff. qui not. infam. Bartol. in l. quem-
admodum. 7. Cod. de agricol. & censit. lib. 11.* maxime
in antiquis & nobilissimis familiis (cuius-
modi inter cæteras est ista F.) per ea quæ
tradit Petrus Ancharan. *in consilio 356. circa fi-
nem.*

Sed & hoc S. filiis præter ea, quæ hactenus
commemorata sunt, cumprimis expendendum
esse videtur, quod in eodem illo testamento non
prorsus exclusi, sed quatuor aureorum milli-
bus à testatore donati sunt: cuius legati capaces
esse vix poterunt, si contra tenorem testamen-
ti, adeoque ipsius testatoris expressam volunta-
tem, adhuc portionem hereditariam, quæ ma-
tri suæ ante renunciationem competere po-
tuisset, petere conati fuerint. Nam hoc testa-
tor ipse in sua dispositione, sub §. Vnd gleicher
gestalt A. von W. ꝛc. expresse cavit, his verbis:
Wie dann sie die legatarii gegen Empfahung
jhrer verschafften Legaten vnsern vniversal Er-
ben/oder Executorn vor Empfahung jhrer Lega-
ten/gnugsame pfandschaffte Caution vnd Ver-
sicherung thun sollen / daß sie mit solchen jhren
verordneten Legaten allerdings genügig / vnd in
künfftiger Zeit / es sey vber kurtz oder lang/ zu vn-
sern verlassenen Gütern kein Spruch oder For-
derung/ es sey jnner oder ausser Rechtens/in kein
weiß mehr haben sollen noch wollen.

Vnd im fall es darüber beschehen würde / daß
sie dardurch aller jhrer Legaten allerdings ent-
setzt/vnd sölche vnsern instituirten vnd vniversal
Erben / oder jhren Erben widerumb zu restitui-
ren schuldig seyn sollen / auch ehe vnd zuvor sol-
che würcklich restituirt / vnsere Erben oder Er-
bens Erben / in oder ausserhalb Rechtens / vnse-
ren vndanckbaren legatariis zu antworten nicht
schuldig seyn/ ꝛc.

Hinc evidenter apparet, testatorem omni le-
gatorum commodo privatum velle eum, qui
dispositioni suæ quocunque modo contraveni-
ret. Quæ quidem † privationis pœna de jure 13
valet, & exequenda est, *per l. un. Cod. de his quæ
pœn. nomin. in testamen. relinq.* ubi Bald. *colum. 3.
in §. opposit.* & Corneus *in princip.* hoc totum à
voluntate testatoris dependere dicunt. Idemq;
hoc notant omnes *in l. 1. §. si ita. ff. ad legem Falci-
diam, & in §. final. Instit. de legat.* item Canonistæ
in cap. Raynaldus. extra. de testament. suffragatur
Bartol. *in l. uxorem. §. heres. ff. de legatis. tertio. in l. pa-
terfamilias. ff. de heredib. instituend. & in l. post lega-
tum. ff. de his quæ ut indign.* Nam testatori odio-
sus efficitur, qui spernit ipsius præceptum, *A-
lexand. consilio 136. col. fin. vol. 1. Paulus de Cast. con-
silio 197. in fin. volum 2. Paris. consilio 19. numer. 57.
& numero 138. item consilio nonagesimo primo, nume-
ro 54. volumine 2. & consilio 1. numero 66. volumi-
ne 3.*

Et ut maxime hæc pœna in testamento addi-
ta nō fuisset, ipso tamen † jure irroganda esset ei, 14
qui in testatoris voluntate suprema non acquie-
scēret, *l. Papinianus. 8. §. meminisse. ff. de inofficioso
testamento. l. alia. Cod. de his quibus ut indign. au-
thent. hoc amplius. ubi Bald. colum. 1. & Iason in 2. no-
tab. Cod. de fideicommiss. Paulus de Cast. consilio 259.
colum. 1. volum. 1.* Exploratum quippe & tritum
est; quod fructum quis ex eo consequi non de-
beat, quod nisus est impugnare, *cap. ex eo. 38. extra.
de regulis juris, in 6. Siburff. consilio 84. numero 2. cen-
tur. 2.*

Imo quod in illo etiam casu, quando testator
pœnam apponit ei, qui contra voluntatem
suam facit, pœna ipso jure apposita intelligatur,
neque sententia requiratur, tenuit Bald. *in dicta
l. unic. colum. 7. Cod. de his quæ pœn. nomin.* Alexand.
*in addit. ad Bartol. in l. jubemus nulli. §. sane si hoc.
columna penultima, Cod. de sacrosanct. eccles.* Felin. *in
cap. Rudolphus. colum. 17. versic. privetur. extra. de re-
script.* Nam cum apposuerit testator hanc pœ-
nam privationis, sub conditione, SI CON-
TRAVENERIT, intelligitur ipso jure impo-
sita, ut in specie respondit Angel. *consil. 36. co-
lum. ult.*

Denique S. filios ab huiusmodi hereditate
excludere videtur renunciatio, quam ipsorum
mater anno Christi 1536. tam de fraternis, quàm
paternis bonis solenniter ac juratò coram Ad-
ministratoris W. Præside & Consiliariis fecit,
id quod de jure facere potuit: cum † unicuique 15
heredi liceat renunciare juri pro se introducto,
*tot. titul. ff. de acquirenda vel omittenda hereditate.
l. 1. ubi Alciat. circa finem. l. cum proponas. 16. & l.
penultima, ubi Doctores communiter, Cod. de pactis.*
facit

facit l. cum donationis. 34. C. de transact. & l. 1. ff. de lib. homin. exhib.

16 At vero † qui juri suo renunciat, illud amplius repetere prohibetur, *cap. quam periculosum. 7 quaest. 1. cap. si illic. 23. quaest. 4. cap ex transmissa. extra. de renunciat. cap. ex ore. extra. de privileg. l. 1. §. qui semel. ff. de success. edict. l. postquam. Cod. de pactis. l. quaeritur. §. si venditor. ff. de aedilit. edict. l. si maritus. §. si negaverint. ff. ad legem Jul. de adulter. l. non videtur. ff. si quid in fraud. patron. l. final. Cod. de remiss. pignor. Paris. consilio 5. numero 155. volumine 4. Roland. à Valle consilio 95. numero 34. volumine 1. Cravetta consilio 24. numero 4. & consilio 74. numero 7.* Et remittentibus actiones suas, non est dandus regressus ad eas, *c. si quis Episcopus. dist. 92. cap. dudum. 18. quaest. ultim. cap. denique. & ibi gloss. 6. quaest. 3.*

Quod si itaque S jus ac potestas petendi hereditatem à morte patris ad se devolutam non fuit, ob renunciationem solenniter ac jurato abs se interpositam: nec filiis ipsius jus illud

17 hoc tempore competere poterit, cum jus † in suos heredes repudiatum non transmittatur *per l. cum in antiquioribus. Cod. de jure deliber.* & hoc expresse tenet Bartol. *in l. ultima, versic. quaero quid si filia decedat, numer. 3. ff. ad Senatusconsultum Tertullian.*

Quo spectat etiam vulgata illa regula; quod

18 nemo † plus juris in alium transferre valeat, quam ipse habet, *l. nemo plus. 54. ff. de regulis juris. cap. nemo. extra. eod. in 6. facit l. traditio. ff. de acquirend. rerum domin. item cap. nuper. extra. de donatione inter virum & uxorem. cap. Diabertum. 1. quaest. 7. l. si filius. Cod. de donation. Fulgos. consilio 63. column. 3.*

Ac quamvis S. renunciatio non pure & simpliciter, sed in favorem familiae saltem, & quidem, quemadmodum ex tenore illius renunciationis apparet, sub hac expressa conditione, QUANDIU MASCULI SUPERSTITES FUERINT, facta sit, ipsaque, siquando lineam masculinam familiae F. extinctum iri contingeret (sicuti jam contigit) futuram successionem diserte sibi reservarit: nisi tamen eventu illius conditionis, ex eaque intentionem suam hoc tempore fundare filii ab ipsa relicti vix posse videntur, quoniam familia F. necdum defecit, sed nomen & insignia illius adhuc supersunt. Reliquit enim testator post se filium V. non quidem ex suo corpore legitime prognatum, sed adoptatum, & ita quidem adoptatum, ut nomen & insignia F. ferret: quod etsi per

19 fictionem inductum est, tamen quia † fictio ista legis est, & quidem accommodata ad actum favorabilem, de quo ipsa lex ita disponere posset: dicendum videtur, hoc perinde haberi, ac si vere & per naturam nomen & insignia ista adoptatus ferret, argumento eorum quae notat Jason *in l. si is qui pro emptore. numero 124. ff. de usucap.* & Anton. de Butrio *consilio 20.* proindeque de eo tanquam de casu vero judicandum videtur, *juxta l. qui ad certum. ff. locat. l. lex Cornelia. ff. de vulgar. & pupill. substitut. facit textus in §. sed & hoc praesenti. authent. de sanctiss. Episcop.* maxi-

20 me cum † alias filiorum adoptivorum ea sit ratio, ut liberis legitime natis aequipolleant, adeoque cum ipsis, si superstites fuerint, in virilibus portionibus succedant, *l. si te parens. 5. ubi gloss. Cod. de suis & legit. §. sed hodie. ubi Angel. ad verb. tributa. Instit. de adopt. §. sed ea omnia. versic. invenimus. Instit. de hered. quae ab intest. defer. §. 1. ubi gloss. in verb. potestatis. authent. de hered. ab intest. ven. Roland. à Valle consilio nonagesimo sexto, numero quadragesimo quarto, volumine tertio.* Nec obstat *authent. in successione. in verb. sola naturali. Cod. de suis & legitim.* quoniam ista verba secundum gloss. Bartol. & Salicet. *ibidem*, non ad adoptionem, sed ad differentiam patriae potestatis, emancipationis, & sexus referenda sunt.

Quinimo † adoptatus defuncto patri adoptivo in tantum succedit, ut etiamsi ille ascendentem, patrem nempe, vel avum aviamve superstitem habuerit, nihilominus si solus est, ascendentibus in successione ab intestato praeferatur, cum in bonis patris adoptantis jus sui heredis adoptatus obtineat, *l. cum in adoptivis. 10. §. sed siquidem. in fin. Cod. de adopt. l. arrogato. ff. de Senatoribus. Baldus in l. eam quam. Cod. de fideicommiss. & in l. certum. ff. de injust. testament. Roman. in l. venter. ff. de acquirend. heredit.* Sui autem † heredes extantes, ascendentes excludunt, 21

§. 1. Instit. de hered. quae ab intest. defer. l. 2. §. liberi. ff. ad Senatusconsultum Tertullian. Angel. in dicto §. sed ea omnia. numero 6. Guilhelm. Benedict. in repetit. cap. Raynutius. in verb. & uxorem Adelasiam. numero septingentesimo quadragesimo octavo, extra. de testament. atque hoc † non tantum in allodialibus bonis obtinet, sed etiam in jure patronatus, imo & in regno, si à regibus adoptio fiat. Sic Tiberius Augusto, Nero Claudio, Trajanus Nervae, Antoninus Pius Adriano, & ipsi Pio Antoninus Philosophus, & Justino major Justinianus per adoptionem in Imperio successerunt, veluti praeter Cornelium Tacitum, Suetonium, & alios, tradit Baldus *in l. mulierem. Cod. de adoption.* 22 23

Atque hinc est, quod † adoptati à Senatoribus & Decurionibus iisdem privilegiis gaudeant, quibus naturales eorum filii, *l. Senatoris filium. cum l. sequenti. ff de Senator. l. cum adoptivum. Cod. de decurion. lib. 10. l. si plures. § in arrogato. ff. de vulgar. & pupill. substitut. l. hac consultissima. §. ex imperfecto. ubi Johan. Fab. in verb. parentibus. Cod. de testament. Raphael in lege prima, ff. de legitim. tutor.* 24

Et ut maxime haec adoptio non intercessisset, tamen suprapofita conditio, quam S. suae renunciationi addidit, filiis ipsius ex hac quoque ratione patrocinari haud posse videtur, quoniam juris clari est ac manifesti, quod † sufficiat, conditionem semel fuisse impletam, quamvis postea non duret illud implementum, *l. si quis heredem. 7. Cod. de institut. & substitut. l. in substitutione. 31. ubi Jason ff. de vulgar. & pupill. substitut. optimus textus in l. heredibus. in princip. ff. de Senatusconsult. Trebellian. Bald. in cap. un. §. quin etiam. Episcop. vel Abbat. feud. dar. non poss. Paulus de Castro in leg. ex facto. paragrapho penultimo, in fine, ff. ad Senatusconsultum Trebellianum.* 25

Ripa

Ripa in l.centurio. numer.168. ff. de vulg & pupill.substit. atque ita sentiunt Oldrad. *consil.* 21. *per textum in l. cum uxori, C. quand.di.leg.ced.* Dec. *consilio 63. num.2. consil.67. consil.205. columna penultima, consil.208. colum.4. consil.219. colum.7. consilio 269. colum.6. & consil.270. colum.2.* Ruin.*consilio 140. num.1. volum.3.* Alciat.*consil.564. in princip.* Jason *cons.51. colum.penult. & consil.66. colum.5. volum.3.* Paris. *consil. 86. colum. 1. & consil.87. colum.2. volum.2. item consil.14. colum 1. volum.3.* Socin.jun.*cons.111. num.21. volum.1.* ubi ait, hanc esse communem opinionem, idem voluit Paul. de Castr. *cons.324. colum.2. volum.1. & consil.97. volum.2.*

Nam respectus adeoque favor filiarum non videtur præponderare naturæ conditionis, quin scil.scripta conditione, SI SINE MASCULIS DECESSERIT, relictis masculis expiret & deficiat, quicquid tandem de ipsis masculis contingit, ita in specie consuluisse videtur, Socin. *consilio 62. lib.3.* Cacheran. *decis. Pedemont. 28. numer.18.*

Cum itaque in nostro casu Dominus C. de F. in cuius favorem S. renunciavit, masculum filium, nempe G. de cuius testamento hic disputatur, reliquerit: expirasse illa conditio videri potest. ut maxime hic G. nullum ex se filium masculum reliquerit.

26 Cæteroquin † contractu fieri posset, ut quis heres sit ad tempus, & post tempus alius, hoc est, quamdiu masculus superest, ipse sit heres, & eo deficiente succedat fœmina, contra quam tradunt Doctores, & inprimis Bartol. *in l.ultima, colum.2. versic.non obstat. ff. ad Senatusconsultum Tertullian.*

Atque hinc natum quoque est vulgatum illud axioma, quod † fœmina semel exclusa, perpetuo exclusa censeatur, in tantum, ut nec soboles ipsius admitti amplius possit; quod axioma Doctores communiter amplectuntur, *Bartol. in l fin. ff. ad Senatusconsult. Tertull. & in l.liberorum colum.5. in fin. versicul. quæro quid si filia. ff. de verborum significat. Bald. in dicto §. quin etiam. in l. posthumus. 6. in princip. ff. de inofficios. testament. in authent. sed & si quis. C. de secund. nupt. in l. venia. C. de in jus vocand. & passim Jason in dicta l. Gallus. §. nunc de lege. colum.7. ff. de liberis & posthumis. Paulus de Castr. in l. final. ff. de acquirend heredit. ubi ait, fœminam, quando ex statutaria dispositione excluditur per masculum, nunquam admitti, etiamsi deinceps masculus moriatur, quia ex quo semel fuit exclusa, habetur pro mortua, l 1. §. final. ff. de bonor. possess. contra tabul. l. si necem. §. si deportatus. ff. de bon. libert. & l 1. §. si quis. ff. de conjun. cum emancip. liber.* atque ita sentit etiam Alvarott. *in dicto §. quin etiam, numero 3. & sequen.* eandem hanc sententiam tenent Matth. de Afflict. *in cap. un. num. 43. de natur. success. feud.* ubi dicit, ita esse de jure communi feudorum. Tiraquell. *in repetit. l. si unquam. 8. ad verb. susceperit. numer. 195. Cod. de revocand. donat.* Odofred. *in summ. titul. qui poss. in feud. succed.* Johan. Blancus *in summ. titul. de success. feud. versic. vel dic quod masculus.* Curt. *in tractat. feud. part. 3. numero trigesimosecundo.* Zasius *in epit. feud. part. 8. numero quinquagesimooctavo, & sequenti.* Hanneton. *libro secundo, capite nono.* inquiens, etsi decisio ista dura, atque ab humanitate aliena sit, se tamen eam amplecti, quoniam communi Doctorum calculo sine controversia aliqua recepta sit: ex eadem ratione sententiam istam amplectitur Duaren. *de feud. cap. 10. numero duodecimo.* Ferrar. *in tract. feud. libro octavo, cap.8.* ubi sententiam hanc veriorem, & communiter receptam esse asseverat. Eandem novissime tenuit Johan. Borcholt. *in comment. feud. cap.7. numero trigesimo sexto.* pro eadem quoque plurimi Doctores consuluerunt, Bald. *consil.205. volum.5.* Ludovic. Roman. *consil.1. numero quarto.* Alexand. *consil.29. num.7. volum.1. consil.9. in princip. volum.5. & consilio quinquagesimo tertio, num.4. volum. 6.* Petrus Ancharan. *consil.221.* Paulus de Castro *consil.191. colum.2. & consil. 300. colum.2. volum.2.* Albert. Brun. *consilio trigesimo nono. numero 5. consil.65. num.1. & 2. consilio 78. numero 2.* ubi memoratum axioma extendit in tantum, ut fœminam prolemve ex ea descendentem, ad successionem admitti non posse dicat, quamvis nullus nec de descendentia, nec de agnatione existat masculus. Idem tradit *in consilio 108. numero vigesimo quinto.* Ruin. *consil. 9. num.6. & 7. volum.1.* Cacheran. *decis. Pedemont. 23. numero decimoseptimo,* dicens, ita communiter tenere Doctores. Paris. *consilio 12. numero 7. consilio vigesimosecundo, num.15. & consil.23. numero 50. volum. 1.* ubi similiter hanc sententiam communem dicit. idem asseverat *in consil. 16. numero 5. & 6 & consil. 72. numero 97. volum.4.* Anton. de Butrio *consil.46.* Corn. *consil 57. column. penultima, ad fin. & consil. 146. colum.3 lib 2.* Raphael Cuman. *consilio centesimo decimonono.* Raph. Fulgos. *consilio duodecimo.* Socinus junior *consilio 110. numero 5. lib.2.* Gozad. *consil 8. numero 9.* Decius *consil.85. ad finem, & consilio centesimo nonagesimo tertio, columna 3. versicul. agitur enim.* Roland. à Valle *consilio quinquagesimo octavo, numero sexagesimo octavo, volum 3.* Alciat. *consil.170. numero 1.* ubi similiter hanc opinionem communem appellat, & adeo approbatam & canonizatam esse ait, ut de ea dubitandum non sit, maxime in judicio. Idem tenuit *in consil.195. numero 2.* Menoch. *consilio 1. numero 458. volum.1.* eandem tutatur Wesembec. *consilio nonagesimo tertio, numero decimoseptimo,* & novissime Andr. Geil. *pract. observat. lib.2. observat.148.*

Ergo ex communi Doctorum sententia, nec ipsa S. si adhuc superstes esset, nec ipsius filii ad controversam hereditatem admitti poterunt, propterea quod semel illa & per fratrem C. & per ipsius filium G. exclusa fuit.

Neque † enim jus semel extinctum amplius reviviscere potest, *l.3. §. si capitis. versic. amplius. ff. de bon. libert. l. in rem actio. 23. ff. de rei vendicat. l. sed si meis. 26 §. arbor. ff. de acquirend. rerum domin. l. in tantum. 6. § semel autem. ff de rerum division. l. inter stipulantem. 83. § sacram. ff. de verborum obligation.* nec quod † ab initio viciosum est, tractu temporis convalescere potest, *l. quod ab initio. 29. & ibi Decius l. quæ ab initio. 210. ff. de regulis juris. cap. non firmatur. 18. & ibi Dynus, extra eodem in 6. in princip. Institut. de exhered. liber. Bald. ad titul. de pace Constant. in verb. sententia quoque. & in l filiusfamilias. 22. ff. de solut. Alexand. consilio 171. volumine 2.* 28 29

Ex his

Ex his omnibus prima facie argui posse videtur, nobilis E. filios in portione controversæ hereditatis succedere neutiquam posse, quod & testamentum Domini G. & matris S. renunciatio hujusmodi successionem excludat.

Verum enimvero quoquo modo hæc sese habeant, contrarium in præsenti casu, salvo cujusvis melioti judicio, de jure verius esse, statuimus, nempe prædictis non obstantibus, nobiles de V. ad portionem hereditariam matri S. à morte sui patris debitam, omnino admittendos esse, idq; vigore renunciationis ab ipsa S. factæ, cujus perinde

30 † ut investituræ privilegii, & cujusvis alterius dispositionis tenor cumprimis attendendus est, *per c. porro extr. de privileg. c. unic. in fin. de duob. fratrib. à capit. investit. & l. si ita stipulatus. §. Chrisogonus. in fin. ff. de verbor. oblig.* cum vim totius controversiæ, & in quem scopum illa dirigatur, ostendat, *Bald. in l. quoties. 12. num. 3. & seq. C. de suis & legit. Ruin. consil. 104. num. 6. vol. 3. Paris. consil. 42. num. 78. vol. 1. Schürff. consil. 1. num. 20. cent. 2.*

His autem verbis S. renunciatio concepta est. Daß sich Jungfraw S. oder jhre FrawMutter vnd Vormünder jhres Vätterlichen vnnd Brüderlichen Erbs / so viel sie dero bißher erlebt / allein gegen jhren Brüdern Herrn C. Rittern / vnd dieweil einer von F. im Leben were / vor Hoff / Land / vnd Stattgericht verzeihen solte / rc. atq; hoc non alio modo S. ipsa coram principis Henrici Palatini, Administratoris Wormaciensis consiliariis renunciavit: id quod non solum videre est ex instrumento renunciationis, sed etiam ex transactione postmodum in anno 1517. interposita, ibi. Nachdem sich die Edel vnnd Tugendhaffte Jungfraw S. obgedachtes Herrn C. eheleibliche Schwester / laut eines auffgerichten Vertrags / alles Vätterlichen vnnd Brüderlichen Erbgutts vnd Angefäls / so lang vnd einer deß Namens von F. lebet / gegen gemelten Herrn C. jhren Brüdern vor deß Hochwürdigen vnd Durchleuchtigen Fürsten vnd Herrn / Herrn Heinrichen / Administrators zu Wormbs / Probst vnd Herrn zu Ellwangen / Pfaltzgravens bey Rhein / vnsers gnedigen Herrn Hoffgericht vnd Rähten zu Ellwangen verziegen / entschlagen / vnd begeben hat / rc. Hæc verba clara sunt ac perspicua, nec ullum alium sensum habent, quam quod S. ad portionem jure ad se ex bonis paternis devolutam, sed in favorem masculorum renunciatam, regressum habere velit, si quando masculus ex stirpe F. nullus extiterit; quod cum evenerit, masculiq; ex illa stirpe jam supersint nulli, & sic conditio, sub qua successionem illa sibi reservavit, verificata sit; est quod voluntati ejus, de qua satis constat, satisfiat, ipsaq; ad petitam successionem ad-

31 mittatur: Siquidem † mentem & intentionem renunciantis cumprimis spectari, ex eaq; ipsam renunciationem restringi oportet, *per l. emptor. §. si ancilla ff. de rei vendic. l. in fideicommissi. §. cum Pollidius ff. de usur. l. si is qui animo. ff. de acquir. possess. l. cum pater. §. dulcissimis ff. de legat. 2. l. nomen debitoris. §. fin. ff. de legat. 3. quæ jura ad hoc allegat Paulus de Castr. in consil. 332. circa princip. lib. 1.* Et hunc ipsum sensum præcipue arguunt hæc verba, So lang vnd einer / rc. quippe, ex quibus liquet, S. non simpliciter & pure, sed limitato modo renunciasse, ita ut renunciationem suam valere velit tantisper, dum masculi ex F. oriundi superstites fuerint; cujusmodi † limitata renunciatio ad per- 32

sonas expressas duntaxat restringi, nec ad alias extendi debet, *argum. l. si mulier C. ad Senatusc. Vellejan. & facit c. unic. de eo qui fin. sec. agnat. de feud. patern. l. si unus. §. ante omnia. ff. de pact. l. Actione. C. eod. Roman. in l. damni. §. si is qui vicinus ff. de damn. infect. Aretin. in l. qui superstitis. ff. de acquir. hered. Alexand. in l. veterei. colum. antepenult. ff. de acquir possess. Paris. consil. 12. num. 90. cum seq. & consil. 32. num. 13 volum. 1. item consil. 19. num. 50. volum. 3 late Decius consil. 319. num. 9. consil. 379 colum. 2. consil. 452. num. 21. & consil. 625 num. 6. Tiber. Decian. respons. 33. num. 46. vol. 1. & respons. 45. num. 11. volum. 2.*

Hinc Angel. notat *in consil. 346. in princ.* quamlibet dispositionem, sive legalis sit, sive hominis, ad suam causam restringi debere, per regulam vulgatam, quod † limitata causa limitatum pro- 33

ducat effectum, *l. in agris. ff. de acquir. rer. domin. l. 2. ff. de his quæ in testam. delent. cum aliis concordantiis cumulatis per Decium in d. l. quoties. ff. de regul. jur. & Felin. in c. cum ordinem. colum. 5. extr. de rescript. in c. post cessionem. colum. 2. extr. de probat. & in c. Petrus. extr. de homicid.*

Et hujusmodi in presentiarum eo magis statuendum fuerit, quia † renunciationes filiarum, 34

quibus parentum hereditatem repudiant, admodum odiosæ sunt, *Jas. in l. postquam. num. 10. C. de pact. & in l. bonorum possessio. num. 53. & 63. C. qui admitt. ad bonor. possess. Doctores communiter in l. 1. C. si adversus donat. Bald. consil. 437 lib. 1 Paul. de Castr. consil. 86. lib. 1. Aretin. consil. 161. colum. penult. Dec. consil. 252. num. 7. d. consil. 379. num. 3. & passim Guid. Pap. decis. 251 in fin. Cravett. consil. 42. num. 2 Wesembec. consil. 11. num. 34. consil. 15. num. 6. & consil. 74. num. 51. Mynsing. respons. 50. num. 17.* Et † præterea stri- 35

cti juris, ut in iis non veniant, nisi quæ in specie sunt expressa, & quæ verisimilitudini conveniunt, *Doctores in l. quicquid adstringendæ 99. ff. de verbor. obligat. & in l. tres fratres. C. de pact. Alexand. in l. qui Romæ. §. duo fratres. colum. penult. ff. de verb. obligat. idem consil. 170. colum. 2. vol. 7. Curt. sen. consil. 49. nu. 19. Dec. consil. 420. num. 9. d. consil. 452. num. 22. & sequitur Albert. consil. 74. num. 1. & 2. Socin. consil. 50. in fin. volum. 1. Calder. consil. 5. tit. de prabend. in fin. Zabarell. consil. 120. num. 3. Andr. Gail. pract. observat. lib. 2. observat. 77. num. 5.* Unde etiam fit, ut † ex com- 36

muni Doctorum sententia contra renunciationem in dubio judicandum sit, *c. sane. ubi gloss. penult. extr. de renunciat. Calder. d. consil. 5. Tiber. Decian. respons. 52. num. 23. volum. 1.*

Quinimo fœminam in hujusmodi casu ad successionem, non obstante renunciatione, vocandam esse, Doctores communiter statuerunt. Sic in specie id voluit Bald. *in l. pactum dotali. num 3. C. de collat.* si filia, inquiens, renunciat hereditati paternæ propter fratres, illis viventibus renunciatio valet: secus si mortuis, quia tunc renunciatio ei non obesset. Idem ibi dicunt Salycet. & Paul. de Castr. Sic filiam, quæ renunciavit hereditati paternæ propter fratres, mortuis fratribus ad hereditatem istam reverti posse concludit, Marsilius *in l. unic. num. 41. C. de rapt. virgin. & in rubric. de fidejussor. num. 225.* Quæ conclusio communis est, teste Parisio, *consil. 26. num. 19. & seq.*

volum. 3. idem sentit Didac. *in* 3. *part. relectionis. c. quamvis. extr. de pact. in* 6. § 3. *num.* 4. affirmans hanc communem esse opinionem, pro qua stet regula, *l. jubemus. C. ad Senatusc. Vellejan.* ubi renunciatio generalis (qualis tamen hic non est) facta respectu unius rei vel personæ, ad illam rem seu personam coarctatur: & deficientibus personis deficit etiam renunciatio, per regulam, cessan-
37 te † causa cessat effectus. *c. cum cessante. extr. de appellat.* idem tenuit Butigell. *in l. stipulatio hoc modo. num.* 36. *ff. de verbor. obligat.* Salycet. *in l. pactum quod dotali. num.* 5. *circa fin. C. de pact.* ita etiam concludit Maranta *disput.* 19. *num.* 15. *cum seq.* per rationem, quod talis renunciatio facta censeatur favore masculorum, & intelligatur rebus sic stantibus, &c. Sic Andr. Gail. *observat.* 148. *num.* 10. *lib.* 2. diserte dicit: In materia renunciationis firmam conclusionem esse, quod filia per renunciationem successionis paternæ non censeatur perpetuo exclusa, sed tantum quousque supersunt masculi. Proinde (addit ibidem) si fratres, quorum favore renunciatio facta est, patre adhuc superstite è vita decedant, filia non obstante renunciatione, ad successionem patris admittitur. Excludi enim, non debet filia renuncians, nisi supersit persona, quæ ex præsumpta patris voluntate excluderet renunciantem. Ecce filiam hoc casu ad successionem patris admitti ait etiam eam, quæ superstite patre, & ita hereditate sibi necdum delata, renunciavit, & quidem generaliter ac pure. Quanto magis S. admittenda fuerit, quippe quæ demum mortuo patre, & ita post delatam hereditatem renunciavit, & quidem sub hac expressa limitatione, quandiu masculi familiæ F. superstites fuerint.

Cujusmodi limitatam renunciationem, donec & quousque filii & descendentes masculi supervixerint, Decius *consil.* 637. *colum. fin.* ait, cessare non extantibus descendentibus masculis. Idem sentit Gozad. *consil.* 30. *num.* 117. Imo Doctores hoc extendunt etiam ad eum casum, ubi mortuo fratre, supersunt sorores, quæ necdum renunciarunt. Nam & una cum his post mortem fratris succedere debere eam, quæ renunciavit, statuit Gravetta *consil.* 42. ex ea ratione, quod censeatur contemplatione masculi renunciasse: ideoq; mortuo masculo eam admitti tanquam ratione renunciationis, ob quam facta erat, cessante. Atq; hoc ipsum *ibid. num.* 1. *versic. sed quid si tempore.* etiam in eo casu obtinere dicit, ubi tempore renunciationis nullus masculus extitit. Siquidem præsumpta patris mens & intentio hæc fuisset, quod filios nascituros succedere maluerit, ratione agnationis conservandæ: qui filii cum deficiant, rationem non esse, cur filias renunciantes exclusas velit, quod omnes æqualiter diligere præsumatur, *argum. l. cum pater. §. evictis. ff. de legat.* 2. *Bald. in l.* 1. *in* 2. *notab. C. de pact. Idem tenet Rota decis.* 850. *quam sequitur Boer. in suis decisionibus, quæst.* 204. *col.* 10. *part.* 2. Atq; ita propemodum in terminis consuluit quoq; Mynsing. *resp.* 97. *decad.* 10. Nec dissentiunt Ruin. *consil.* 204. *num.* 3. *vol* 1. Socin. *consil.* 34. *num.* 4. *vol.* 4. Anchar. *consil.* 434. Cacher. *decis. Pedem.* 98. *num.* 11. Roland. à Vall. *consil.* 26. *num.* 36. *vol* 3. Cravett. *consil.* 242. *num.* 7.

Neq; enim cujusquam renunciatio ob extraneos facta censetur, *Angel. in l. avus. in fin. C. de pact.* quod Angeli dictum pro notabili refert & sequitur Aret. *in d. l. qui superstitu. col.* 6. *ff. de acquir. hered.* Dec. *in d. l. pactum dotali. col.* 4. idem Dec. *consil.* 31. *col.* 1. *consil.* 61. *col.* 3. *consil.* 309. *col.* 3. *& consil.* 370. *col. penult.* Bald. *d. consil.* 437. *lib.* 1. *& consil.* 372. *lib.* 3. Corneus *consil.* 291. *lib.* 4.

Et hinc est, quod † statutum, consuetudo vel 38
privilegium excludens filiam à successione, non excludat eam simpliciter, sed ad tempus, nempe donec superstites sint masculi; proinde nulla amplius extante prole mascula, reducitur ad statum, quem de jure communi habet, ut scilicet collata dote pro sua portione succedat: maxime cum ratio naturalis quasi quædam lex tacita liberis (quorum appellatione filias quoque, eosq;, qui ex his descendunt, contineri, nemo est, qui ambigit, *l. si dotali.* 48. *ff. solut. matrimo. quemad. dos pet. & l. liberorum.* 220. *ff. de verb signific.*) parentum hereditatem adjiciat, ad debitam successionem eos vocando, *l. cum ratio.* 7. *in princ ff. de bon. damnat. l. scripto.* 6. *in fin. ff. unde liberi. l. nam etsi parentibus.* 15. *in princip. ff. de inoffic. testam. l. in suis.* 11. *ff. de liber. & posthum.*

Quapropter heredes à Domino G. instituti in illa bonorum parte, quæ ad S. à morte patris secundum leges devoluta, sed in favorem atq; conservationem agnationis fratri C. per eandem tradita, indeq; in G. testatorem ceu filium transmissa fuerant, nullo jam amplius ex illa familia superstite masculo, succedere nequaquam poterunt: quoniam, ut sæpius jam demonstratum est, ipsa S. eam bonorum partem fratri suo C. sub hac conditione tradiderat, ut ipso ejusve heredibus masculis ex virili linea descendentibus, deficientibus, eadem illa portio ad se reverteretur, cujusmodi conditio cum evenerit, nec ullus jam extet masculus ex F. linea virili descendens; jure suam portionem S. revocabit. Quæ enim † cer- 39
tis conditionibus conceduntur, eventu illarum conditionum repeti possunt, *l. quoties. ubi Bald. & tot. tit. C. de donat. quæ sub mod. vel cond. vel cert. temp. conf.*

Ac quemadmodum S. si viveret, suam portionem hereditariam repetere posset; ita & filii ab ipsa relicti eandem nunc petere nulla juris ratione prohiberi poterunt: cum in matris hereditate habeant jus quæsitũ, quod † ipsi in suos quoq; 40
heredes transmittere possunt, *l. si quis filiumfam. §.* 1. *& notatur in l. gerit. ff. de acquir. hered. l. filius qui patri. ff. de vulgar. & pupill. substit. d. l. in suis. & l. si filius heres. ff. de liber. & posthum. § sui autem. Instit. de hered. qual. & differ.* & hoc antiquitus semper fuit observatum, ut filius in locum suorum parentum succederet, *§.* 1. *& § cum filius. Instit. de hered. quæ ab intest. defer.* Quod etiam lege 12. tabul. fuit inductum, *ut inquit text. in l.* 3. *C. de suis & legit. & traditur in l. posthumorum. in princ. ff. de injust. rupt. testam.* quia ex æquitate naturali processit, *l.* 1. *§. si filius. ff. de suis & legit.* siquidem † natura ipsa parens & fi- 41
lius eadem esse persona, pene intelliguntur, *l. fin. C de impub. & aliis substit.* Est enim vere filius matris portio: imo cum matre, perinde ut cum patre, unus est, *per text. in c. jam itaq;* 1. *quæst.* 4. *& tradit Bald. in l. ult. C. de serv. fugit. & Paul. de Castr. consil.* 264. *col* 3. *vol.* 2.

Unde

42 Unde † & hujusmodi repræsentationem ceu favorabilem, & divino juri congruentem, in omni materia extendendam esse ait Bald. *in l.1.§.in primo. per illum text. ibi naturali ratione subnixum. C. de caduc.tollend.* & notat hoc Felin. *in c.tua nos. col. 2. versic.& ad ista. extr.de jurejur.* maxime cum vivo quoque parente liberi rerum paternarum quodammodo domini dicantur, *d. l. in suis. ff. de liber, & posthum.* & notat hoc Roland. à Valle *consil.* 1. *num.*19. *volum.*1. item Tiber. Decian. *resp.* 2. *num.* 129.*volum.*2.

Merito igitur & in proposita materia repræsentatio obtinebit, in qua alias quandoque fieri solet, ut ad successionem admittantur liberi, qui non renunciarunt, ubi eorum mater excluditur per suam renunciationem, veluti respondet Bartol. *in d. l. qui superstitis. colum.*2. & sequitur Alexand. *in consil.*75.*colum.ult.vol.*1.

His ita positis ac stabilitis superest, ut argumenta in contrarium superius adducta confutentur.

Primum igitur testamentum Domini G. obesse nobilibus de V. nequaquam potest, quoniam vidit testator liberos masculos se nullos habere, atq; illorum etiam consequendorum spem vix aliquam sibi esse, quemadmodum ex hac testamento ipsius inserta clausula patet. als wir nunmehr von den Gnaden Gottes ein zimlich Alter erreicht / aber noch zur zeit keine Eheliche Leibs Erben / vnd zu dem Willen deß Allmächtigen stehet / ob wir die noch bekommen / rc. Et vero scivit, vel quod in jure idem est, scire debuit, rebus ita stantibus, post suam mortem amitæ S. restituendam suam quotam hereditariam, quippe quam in renunciatione expresse sibi reservasset in eum eventum, si masculi ex stirpe F. nulli extarent: atque ob id in ipsius præjudicium quid
43 disponere sibi non licere. Constat † enim bona restitutioni subjecta, neque inter vivos, neq; in ultima voluntate quoquo titulo per gravatum alienari posse, *l.Marcellus.§ res quæ. ubi Bart. & alii. ff.ad Senatusc.Trebell.l.penult.C.eod.l.fin.§.sed quia.& Auth.res quæ.C.commun.de legat.Bart.in l.si ita quis.§. ea lege. ff. de verbor. obligat. in d. l.qui Romæ. §.coheredes.ff.eod.& in d.l.peto.§.fratre ff.de legat.2.Andr.Gail. pract.obser.lib.2.obser.137.per tot.*

44 Usque adeo † quidem, ut nec ad pias causas de hujusmodi bonis testari liceat, prout notat Nicol. Everhard. *in consil.*71. *num.*10. *per c.fin.* 17. *quest.*4. nec alimenta in iis constitui possint, *Paris.consil.*98.*num.*13.*volum.*2. Habentur enim, teste Mynsing. *in resp.*56.*num.*6.*decad.*6. bona restitutioni subjecta pro rebus alienis, de quibus nemini testari permittitur, *l.cum pater.*79.*§.mandato.ibi.de pecunia sua testari,&c.ff.de legat.*1. *l.unum ex familia. §.si rem.ff.de legat.*2. *l.qui rem alienam. ubi gl. C.eod.Bald.in c.un.num.*3.*de success.feud.per c.filius.extra de testam.Schurff.consil.*85.*num.*7.*cent.*1.

45 Nam † etsi alienæ res legari possunt, *juxta §. non solum.Instit.de legat.* tamen titulo institutionis relinqui non possunt; quia institutione tribuitur hereditas, quæ debet esse jus defuncti, non alienum. *gloss fin.& Doctores in Auth.ingressi.C.de sacros.Eccles.per l.conficiuntur §.si post ff.de jur.codicill.l. nihil.*24.*ff.de verbor.signific.& l.hereditas.*67.*ff.de regul.jur.* unde heredes etiam juris successores vocantur, *in l.quoties.*9.*§ fin.ff.de hered.instit.* Nemo autem plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet, *vulgata l.nemo.*55.*ff.de regul.jur.*

Itaque ex eo, quod quota hereditaria vigore dictæ reservationis renunciationi appositæ S. ejusve liberis restituenda fuit, habetur illa pro non data; cum data fuerit ab eo, qui de jure illam heredibus suis dare non potuit, *argum. l. traditio. ff.de acquir. rer.domin. c.quod autem. extr.de jur. patronat. l. uxor patrui. ubi Paul. de Castr. & Doctores communiter, C.de legat. l.quod in rerum.§.1. ubi imol. ff.de legat.*1.

Cessant igitur, nec ad rem faciunt, quæcunque supra de testatoris enixa voluntate, ejusque vi & effectu in contrarium allata sunt; cum operari illa in præjudicium alterius nihil possint, per ea, quæ notat Socin. *in consil.*164.*colum* 3. *versic.sed ad ista respondeo.* sequitur Dec. *in consil.* 407. *num.*24.*consil.*410.*num.*21. *& consil.*608. *num.*14. *in fin.* Rota *decis.*28 *sub.tit.de prabend.*

Neque † ex sola testatoris voluntate testamentum valet, sed leges quoque in eo cooperari oportet, *per l.nemo. ff.de legat.*1.*l.conditiones* 9 *& l.quidam.*27 *ff.de condit.instit. Andr.Gail.pract.observat.lib.*2.145.*num.*11.*Atq; hoc sentit etiam Mynsing in d.resp.*56.*num* 6. 46

Cessat item, & ex prædictis confutatur, quod secundo loco de favore prætensi testamenti subjectum est, quasi in favorem familiæ illud tendat. Neque enim † cujusque rei favor alteri 47
præjudicium parere debet, *c.ex tenore. extr. de foro compet. c.nuper. extr.de donat. inter vir. & uxor. Paul. de Castr. consil.* 401. *num.*4. *volum.*1. nec favorabile usquequaque censeri potest id, quod per consequentiam in odium cujusquam detorqueri potest: *veluti tradit Bald. in l. quod favore in* 7. *opposit. C. de legib. per textum in l. cum ex oratione. §. fin ff. de excusat.tutor. & notat. hoc Socin.in l.cum filio ff.de legat.*1. *item Decius in d.l.venia.num.*5. *Cod. de in jus vocan.*

Unde † cum favor familiæ auferat filiabus, 48
id quod & naturæ & gentium jure illis debetur, restringi potius, quam ampliari iste debet, *secundum Bald.in consil.*179.*part* 5. Sic idem Bald. *in d.l. quoties. num.* 1. *C. de suis & legit.* ait, filiarum causam in parentum successione esse favorabilem, præsertim quoad allodialia, *per l.* 4. *C. de liber.præterit. Roland.à Valle consil.*26.*num* 3.*volum.*3. *& consil.*42.*num.*38. *volum.*4. in cujus successionis terminis, cum S. filii versentur, prætensus familiæ favor ut in ipsorum odium ac præjudicium retorqueatur, nulla juris ratio permittit.

Ex prædictis & hoc simul elucet, sæpius memoratæ S. filiis metuendam non esse pœnam illam privationis, quam testator iis, qui dispositioni suæ obtrectarent, irrogari voluit; cum ipsorum respectu ista contraventio atque obtrectatio non legitime, & secundum juris terminos, sed de facto & præter leges per testatorem prohibita fuerit; cujusmodi † prohibitio de ju- 49
re pœnam nullam meretur, *per ea quæ notant Bald. in l.* 1. *colum. fin. C. de usufruct. Felin. in c.causam.*18. *extr. de rescript. Paul.de Castr. consil.* 221. *volum* 2. *& Cuman. consil.*51. Et alias tritum est, quod stante nullitate conventionis (veluti in præsentiarum respectu portionis istorum bonorum, quæ ad S.

à morte sui patris devoluta sunt, testamentum, ut modo ostensum, nullum est) pœna quoque exigi non possit, *textus est apertus in l. stipulatio hoc modo. ff. de verbor. obligat. & in l. ex eo. C. de inutil. stipulat.* Cum enim lex isti dispositioni ex hac par-
50 te resistat, nulla quoque inde obligatio, ne † ad interesse quidem oriri potest, *ut declarat Cret. in d. l. stipulatio in 2 notab. Paris. consil. 24. num. 8. & seq. volum 2.* Quod de S. renunciatione oppositum est, sane facere illa neutiquam potest, quo minus ipsius filii delatam portionem hereditariam petant, cum non pura & generalis sit ista renunciatio, sed limitata & restricta ad hanc conditionem, QUOUSQUE masculi ex stirpe F. extiterint, quemadmodum & ex renunciationis & ex transactionis subsecutæ tenore sufficienter demonstratum est.

Cum itaque nunc res eo devenerit, ut nulli amplius ex illa prosapia superfint masculi, & sic conditio, sub qua S. bonis paternis ac fraternis renunciavit, defecerit; renunciatio quoque de-
51 ficiat, necesse est; siquidem † defectus conditionis ad substantiam dispositionis alicujus adjectæ efficit, ut dispositio illa deficiat: & perinde habeatur, ac si à principio facta non fuisset, *per l. pro nde 8 & l. pecuniam. ff. si certum petat. l. cedere diem. ff. de verbor. signifi at l. necessario. ff. de peri ul & commod. rei vendit. l. hæc venditio in princip. ff. de contrahend. empt. l. qui heredi. §. ult. ff. de condit. & demonstrat. & tot. tit. ff. de condit. appos. Jas. in l. turpia §. 1. ff. de legat. 1. & in l. 2. §. prim. ff. de vulgar. & pupill. substitut. Ruin. consil. 126 num. 7. volum 2. Roland. à Valle consil. 59 num. 7 volum. 3.* Etenim † paria sunt
52 nihil fieri, aut fieri sub conditione, quæ non purificetur, *Ripa lib. 1 respons. cap. 1. num. 23 Socin. jun. consil. 4. num. 16. & consil. 180 num. 40. volum. 2 Cephal. consil. 56 num. 2 volum. 1. Curt. jun. consil. 92. num. 6 Dec. consil. 419. colum. 2.*

Quocirca causa nulla est, ob quam S. si adhuc viveret, petendi quotam suam hereditariam nunc jus non esset: maxime cum statim à morte sui patris dudum ante renunciationem factam, atque ita de jure communi delata ipsi hæc quota fuerit. *per notata à Bart. in l. fin. colum. ult. ff. ad Senatusc. Tertull.*

Atque ex eadem hac causa S. jus sibi competens ad liberos suos jure transmisit. Nam quan-
53 do † per mortem alterius jus alteri non quæritur, sed tantum (fortassis de jure communi, ut hic) quæsitum intentari potest, ibi moriens transmittit, *l. ex his verbis. 5. Cod. quando dies l. gat. cedat.* Quamvis enim jus illud actu non habuerit, ha-
54 bitu tamen habuit & retinuit, id † quod ad transmittendum sufficit, *l. si quis filiumfamilias 7. § 1. & l. illud. 77 fin. ff. de acquirend. heredit. l. si quis in gravi 3. cum l. seq. ff. ad Senatusc. Syllan. Et faciunt huc l. miles. §. ult. cum l. seq. ff. de re milit. l. liber homo 20. §. final. ff. de stipulat. servor. l. ult. § 1. C. de curat. furios. & l. Lucius Titius ff. de jur. fisc.* Atq; ita consuluit etiam Oldrad. *consil. 108 col. 2 in fin.* item Bald. *consil. 426 part. 1.* ubi eleganter dicit, quando persona, cui debetur legitima, non impeditur in ipsa propter defectum extrinsecum alterius personæ, quæ suspendit hoc jus, & legitimam ipsam differt, quod tum, si eadem persona moriatur, jus suum transmittat, *ut in l. si quis filium suum C. de inoffic. testam. est expressum.*

Sed & ex hac ratione S. hujusmodi jus in suos filios transmisisse dicendum est, quoniam † il- 55
lud in vim pacti ipsi debitum fuit, *argumento §. ex conditionali. Instit. de verbor. oblig at.* & ita in terminis tenet Socin. *consil. 147. colum. 5. versic. secundo quod cogitaveris. lib. 1.*

Cæterum, quod de adoptato Barone W. objectum est, quasi per illius interventum conditio, sub qua renunciatio à S. facta sit, necdum expiraverit, cum ex testatoris dispositione & nomen & insignia F. ille ferat, & sic familiam istam sustineat, tanti momenti non est, ut assertionem nostram infirmare valeat. Etenim con-
stat † ad adoptionem, præter exactam causæ 56
cognitionem, de jure requiri tutoris vel curatoris authoritatem, amicorum præsentiam, magistratus confirmationem, & publicam præterea insinuationem, *per l. quod ne curatoris. ff. de adopt. l. 2. l. adoptio. & l. final. C. eod. §. adoptio autem. Instit. eod. § nulla Authent. de defens. civit. l. 2. ff. de offic. proconsul. gloss. & Doctores in l. emancipatione. C. de fide instrument.* Sed quid horum factum non fuerit, non valebit adoptio, *l. si heredi plures ff. de condit. instit. l. quoties. § cum ita. ff. de reb. dub. Bart. & Doctores in l. 1. ff. de just. & jur. Paris. consil. 10 num. 129. volum. 1. Andreas Gail. pract. observat. lib. 2 observat. 125. num. 8.*

Jam vero non apparet, istas solennitates in prætensa adoptione intervenisse: ut maxime etiam dicat, testator in sua dispositione prædictum Baronem, ejusque patrem in hanc adoptionem consensisse: illud tamen satis non est: cum nec coram magistratu iste consensus fuerit interpositus, nec exacta causæ cognitio accesserit: id quod testator ipse haud obscure significat his verbis, auch verhabens sind / ein solche Adoption neben jhm selber vnnd seinem Herrn Vattern am Käyserlichen Cammergericht / als vnserm ordentlichen vngemittelten Richter / wie es die gemeine beschriebene Käyserliche Rechten erfordern / mit erster Gelegenheit nottürfftiglich confirmiren zu lassen.

At vero dubium & incertum est, illam confirmationem subsecutam, ac legitimo modo factam, postmodum fuisse. Itaque cum hoc factum
sit, quod † nunquam præsumitur, nisi probe- 57
tur, *c. cum in jure extr. de offi. deleg. at. l. in bello § facta. ff. de captiv. & postlim. revers. l. 1 C. de probat. l. asseveratio. C. de non numer. pecun. cum similibus.* Baroni quoque, quippe qui se filium adoptivum dicere possit, hoc incumbet, ut probet se legitime adoptatum esse, *gloss. in l. liberorum. in princip. ubi & Angel. notat. ff. de his qui notan. infam. Anton. de Butr. in c. pervenit. colum. 2. versic. aut filius agit. extr. qui fil. sint legit. Alexand. consil. 50. colum. 2. in fin. volum 3.* Ne-
que enim debet † quid adjudicari alicui ut tali, 58
nisi probet se talem, *ut tradit Bart. in l. non ignorat. C. qui accusar. non poss.*

Quinimo nec institutionem ipsius W. subsistere, vel ex eo doceri potest, quod institutio filii legitimati non valet, si legitimatio non valeat, veluti tradit Paul. de Castr. *in l. eam quam. C. de fideicommiss.* qui textus secundum lecturam Azonis hoc in terminis adoptionis quoque probat, quod

quod scilicet institutio filii adoptati corruat, si ipsa adoptio nulla sit: sicuti præsertim adoptionem, vel ex hoc solo nullam esse oportet, quod coram magistratu facta non sit. *prout tenet Parif. consil. 16. num. 20. vol. 2.* Et ideo Joh. Ferrar. *in sua pract. in actio. real. ad verb. jure dominii num. 55.* dicit, quod propterea multæ adoptiones corruant. Ac quamvis adoptio hæc omnibus solennitatibus adhibitis perfecta, adeoq; in Camera Imperiali (posito hoc, sed non concesso) confirmata fuisset: nihil tamen illa præjudicii S. filiis adferre posset. Preterquam enim, quod hujusmodi confirmatio S. jus suum statim à morte patris quæsitum auferre nequit, per ea, quæ notant Innoc. *in c. quia plerique. 8. extr. de immun. Eccles.* Bald. *in l. rescripta. 7. col. fin. C. de precib. Imp. offer. & in l. Deo nobis. 44. in fin. C. de Episc. & cleric.* Bart. *in d. l. Gallus. §. & quid si tantum. & ibid.* Socin. *num. 24.* Ruin. *consil. 173. nu. 10. vol. 1.* Rimin. *consil. 82. nu. 6. vol. 1.* Parif. *consil. 9. nu. 29. & consil. 12. nu. 154. vol. 2.* Alex. *consil. 25. nu. 10. vol. 1.* & Joh. Crot. *consil. 78. nu. 15. & seq.* hoc quoq; in confesso est, quod per illam induci non possit, ut conditio ista, SI SINE MASCULIS DECESSERIT, ad filios adoptivos extendatur, siquidem & leges reclamant, veluti *l. si ita quis. 51. §. fin. ff. de legat. 2. l. fideicommissum. 76. ff. de condit. & demonst.* ubi Jurisconsultus dicit, fideicommissum à filiis relictũ, si quis ex his sine liberis diem suũ obierit, adoptionis commento non excludi, *l. fin. C. de his qui ven. ætat. impet. l. ex ea parte. 121. §. in insulam. ff. de verb. oblig. & § generaliter autem. versic. adoptionis. Auth. quib. mod. natur. effic. sui.* & mens quoq; ac voluntas renunciantis, à qua recedendũ non est, *per l. in conditionibus. ff. de condit. & demonst.* hujusmodi interpretationem ac fictionem juris omnino respuit. Neq; enim verba illa, doch allein gegen Herrn C. allen seinen Mannlichen Erben/ vnd dieweil einer von F. im Leben/ ꝛc. seu quæ in subsecuta transactione posita est, So lang vnd einer deß Namens von F. lebt/ ꝛc. aliter quam secundum communem loquendi usum de masculis ex naturali procreatione genitis accipi possunt. Loquitur enim renunciatio S. in simplici conditione deficientium masculorum, quæ nec potest nec debet trahi ad conditionem mixtam, in qua videlicet addita esset illa qualitas, SINE LIBERIS ADOPTIVIS, cum sub simplici conditione non contineatur mixta, *per not. Jason. in §. omnium. nu. 28. Instit. de actio.* maxime in correctoriis & exorbitantibus, è quorum numero & renunciatio est, *Aret. in l. ult. C. de inoffic. testam.*

Quinimo quamvis dubia esset renunciantis
59 voluntas; tamen † secundum communem loquendi usum declarari deberet, *Roman. consil. 179. nu. 5. Socin. consil. 37. vol. 3.* tum quod verisimile est renunciantem id sensisse, quod convenit cum loquendi communi usu, *Socin. in l. cum testamento. ff. de reb. dub. Angel. consil. 261. col. 3.* tum quod semper alias communis iste loquendi usus attendi debet, *Doctor. in l. cum de lanionis. 18. § asinam. ff. de instruct. vel instr. legat. Bart. in l. omnes populi. num. 59. ff. de justit. & jur. Bald. in l. fin. quæst. 14. C. de hered. instit. & notant Doctor. in rubr. ff. de nov. oper. nuntiat.*

Quare de jure subsistere non potest, quod in contrariis supra inter alia dictum est, adoptatum Baronem ex eo, quod nomen & insignia testatoris ferat, non aliter † haberi deberi, ac si naturalis ipsius filius esset, ob favorem videlicet actus, cui hujusmodi fictio sit accommodata. 60
Eò certe minus, quod hic à collaterali facta est adoptio, per quam novissimo Justiniani jure, jura patris naturalis minime dissolvuntur, sed in ipsius familia ac potestate adoptatus remanet, & adoptanti saltem ab intestato succedit; ad reliquos autem agnatos, patrisq; adoptivi familiam quasi extraneus invenitur, *§. sed hodie. Instit. de adopt. l. penult. C. eod. Schurff. consil. 83. num. 4. cent. 1.* Eò etiam minus, quod in genere privilegia concessa ob liberos, locum sibi in adoptivis non vendicant, *l. 2. § adoptivi. ff. de vacat. muner. §. 1. versic. sed adoptivi. Instit. de excus. tutor. Doctor. communiter in l. generaliter. § cum autem. C. de instit. & substit. Alex. in l. ex facto. §. si quis rogatus. col. 6. versic. an autem habeat locum ff. ad Trebell.*

Hinc est, quod † constitutio, quæ auxit legitimam filiorum, non complectitur adoptivos, *§. ubi gloss. in verb. quale. Auth. de hered. & Falcid. §. 1. ubi gloss. in verb. observando. Auth. de trien. & semiss. Bart. in l. si arrogator. ff. de adopt.* 61
Filii enim † adoptati non sunt veri filii, *Paul. de Castr. in l. 2. in fin. C. si in fraud. patron.* jura quidem filii sui habent, sed sui filii non sunt, *Jas. in d. l. Gallus. § si ejus. num. 9. & 10. Angel. in d. l. penult. col. 2. C. de adopt.* ubi ait, nomen filii simpliciter prolatum absq; adjecta qualitate adoptivi, non convenire adoptivo. Et scribit Socin. *in d. l. adoptivum. in princip. ff. de in jus vocand.* quod in nulla dispositione appellatione filii veniat filius adoptivus, quod ad statutum quoque accommodat Bald. *in consil. 24. lib. 1.* quia † verba statuti non verificantur in casu ficto, *l. 3. §. hæc verba. ff. de negot. gest. l. fin. C. de his qui ven. ætat. impet. Imol. in l. 1. § lex Falcidia. ff. ad leg. Falcid. Joan. de Anania consil. 17. quem & sequitur Jas. in l. 4. §. prætor ait. ff. de in jus vocand. Paul. de Castr. consil. 493. col. 1. versic. præterea si aliud. vol. 1. Alex. consil. 40. col. fin. versic. nec puto esse. vol. 4. Socin. consil. 226. col. 4. vol. 2. Tiber. Decian. respons. 126. per tot. volum. 3. late Tiraquell. in d. l. si unquam. 8. C. de revoc. donat.* 62 63

In summa, si diceremus, per memoratam adoptionem S. filios excludi, hoc absurdi (quod tamen jura omnino vitari volunt, *teste Everhardo in loc. leg. ab absurdo.*) sequeretur, conditionem illam, *Si sine masculis decesserit*, à casu & fortunæ arbitrio dependentem, in potestate testatoris fuisse contra renunciantis mentem ac voluntatem, quam tamen eludi & irritam reddi, jura minime patiuntur, *argum. l. ne in potestate. & l. si quis rem. ff. de recept. arbitr.* alioquin futurum, ut nunquam illa conditio verificari posset, *Doctores in d. l. si ita quis. §. fin. ff. de legat. 2. Alexand. consil. 49. vol. 2. Laurent. Calcan. consil. 20. num. 11. Andr. Gail. observat. 136. num. 11. cum duob. seqq. lib. 2.*

Quod † porro de conditione oppositum est, 64
quasi hæc illius natura sit, ut plene ac usquequaque impleta censeatur, simul ac semel impleta fuit; similiter assertionem nostram infringere non potest, quoniam ex mente contrahentium ac testatorum restringi eam oportet, *per d. l. si quis heredem. 7. in fin. C. de institut. & substitut.* ut in nostro casu, conditio renunciationi S. apposita, So lang vnd einer deß Namens F. lebt/ aliter intelligi non potest, quam quod tum demum quotam

hereditariam sibi salvam ac reservatam esse velit, quando omnes masculi ex linea virili F. descendentes defecerint. Id enim innuunt hæc verba, So lang vnd einer / quæ omnes in infinitum usque ad ultimum, qui in dicta familia reperietur, comprehendunt, nec ullum excludunt, *per ea. qua notat Jas. in d. l. Gallus. §. quidam recte num. 26. & seq. ff. de liber. & posthum. & Tiber. Decian. respons. 84. num. 14. cum aliquot seqq. item respons. 93. num. 5. & 6. volum. 3.*

65 Atque ideo dicunt Doctores, quod † filia, si pater ipsi aliquid leget, cum fuerit vidua, non perdat legatum, si vidua facta sit, & post iterum nubat, quia satis est, quod fuerit vidua, *Bald. Angel. & Jas. in l. fin. C. de indict. vid. toll. & in d. l. in substitutione. ff. de vulgar. & pupillar. substitut.* in quibus terminis etiam proposita objectio procedit. At vero secus esse ajunt modo dicti Doctores, quando legatum filiæ relictum esset, *donec & quousq; vidua fuerit*, quoniam tunc nubendo perderet legatum ex præsumpta testatoris voluntate, ad quam leges supra oppositæ potissimum respici volunt. Ita sentit Jas. *in d. l. si quis heredem. num. 24. versic. quarto notabiliter limita.* ubi præter alios allegat Alexand. *consil. 43. colum. fin. volum. 3.* qui similiter hanc & cæteras leges supra in contrarium adductas ita limitat, quam limitationem etiam probat Roland. à Valle *consil. 52. num. 47. volum. 2.*

Neq; tamen hinc inferendum est, quasi contractu fieri possit, ut quis heres sit ad tempus, & post tempus alius, quemadmodú supra in oppositis factū; quoniam S. renunciando non simpliciter se paterna hereditate abdicavit, sed saltem favore agnationis petitionē illius ad tempus suspendit, in diem videlicet ultimi decedentis sine liberis masculis: interim tamen jus suum in habitu retinuit. *argumento eorum, quæ tradit Cravett. consil. 127. num. 7. volum. 1.* Etsi vero hoc tempus sit incertum, non tamen pro conditione haberi debet, sed pro dilatione, idq; favore filiæ, cui alias jure naturali paterna bona debentur, *per jura supra allegata.*

66 Sed & regula illa, qua dicitur, fœminam † semel exclusam, perpetuo manere exclusam; ita comparata non est, ut vel S. si adhuc viveret, vel ipsius filios superstites à petitione portionis hereditariæ arcere queat.

Tametsi enim major Doctorum pars illam amplectitur; contraria tamen sententia, quod scilicet fœmina semel exclusa non perpetuo, sed temporaliter, tantisper videlicet, dum masculus superstes fuerit, exclusa censeatur; & æquior, & de jure verior est.

Æquior quidem, quia nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, ut ex temporali inducatur exclusio perpetua, *juxta l. epistola. 52. §. fin. ff. de pact. l. Aurelio. 20. in princ. ff. de liber. legat.* & alioquin statutum intendit hereditatem defuncti suspendere potius, quam fœminam præcise excludere, *argumento l. Titius. 25. ff. de testament. milit. l. cum alii C. de curator. furios. § quantum infirmas. Authent. de nupt. & Authent. de non elig. se. und. nub. in princip.*

Quod autem de jure verior sit hæc sententia, patet primum ex textu *in c. unic. de eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. investit. accep.* ubi textus habet: Non enim patet locus fœminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus. Ergo ubi masculus non superest, quia decessit sine herede masculo, fœmina admitti debet, argumento à contrario sensu ducto, quod in jure validissimum est, adeo ut, quod infertur, pro expresso habeatur, *l. ex eo. 18 ubi gloss. in verb. colligitur. ff. de testib. l. 1. §. hujus rei. & ibi Bart. num. 16. ff. de offic. eius cui mandat. est jurisdict. gloss. in c. humanum genus. distinct. 1. gloss. in l. qui testamento. 20. §. mulier. in verb. argumento est. ff. qui testament. facere poss.* Et alias & particulæ DONEC in capit. modo allegato positæ, hæc vis & proprietas est, ut actum, cui adjungitur, non penitus removeat, sed suspendat tantū. *Bart. & Doctores in l. fin. ff. ad Senatusc. Tertull. Aretin. in d. l. Gallus. §. & quid si tantum ff. de liber. & posthum. hered. instit.*

Deinde sententiam hanc confirmat *c. unic. §. filia. de success. feud.* ubi textus habet, si investitura fuerit facta in patre, ut filii & filiæ succedant in feudum: tunc succedit filia, filiis non existentibus: Ecce, filiam ait succedere filiis non existentibus, nec distinguit, quo tempore illi non existant, utrum quo pater moritur, an alio ulteriori tempore: itaque nec nostrum fuerit hoc casu distinguere, *per l. de precio. 8. ff. de public. in rem actione.*

Nec textus *in d. §. quin etiam.* quo ex adverso potissimum Doctores nituntur, ad hoc facit, ut fœmina semel exclusa perpetuo exclusa censeatur. Nam si collatus fuerit iste textus (id quod faciendum est in jure, *per l. fin. C. de inoffic. dotib.*) cum prædictis duobus capitulis, liquido constabit §. *quin etiam.* ita intelligendum esse, ut exclusa censeatur fœmina, quousque masculus ejusq; soboles vixerit. Cum enim contemplatione masculi fiat exclusio mulieris, certe exclusa censetur, si & quandiu masculus superest, *argumento l. inter socerum. 26. § cum inter ff. de pact. dotal. & l. servo alieno. 113. §. 1. ff. de legat. 1.*

Atque hunc intellectum confirmat etiam ipse textus *in d. § quin etiam.* dum utitur verbo non futuri, sed præsentis temporis ADMITTUNTUR, quod arguit non de futura, sed præsenti successione agi, & filiam ad successionem feudi tum non admitti, quando filius extat: siquidem qualitas † adjecta verbo secundum tempus verbi 67 intelligenda est, *l. in delictis. 4. § si extraneus. ff. de noxal. actio. & l. Titius 25. ff. de testam. milit.*

Atque hanc de temporali mulieris exclusione sententiam, multi magni nominis Jurisconsulti tam veteres, quam recentiores amplexi sunt, veluti Mart. Laudens. *in d. §. quin etiam. & ibidem gloss. in verb. non admittuntur.* quam sequitur ibidem Jacob. de Belvis. qui perfecte textus feudales intellexisse fertur. Nec dissentit Matthæus de Afflict. sibi contrarius *in d. §. quin etiam. num 2. & 11. & in c. unic. num. 43. sub fin. de natur. success. feud.* Loriott. *in c. unic. §. & quia. de his qui feudum dar. poss.* Jul. Clarus *lib. 4. sentent. §. feudum. quæst. 80. vers. Sed quæro quid è converso.* ubi ait, se absolute credere, quod existente fœmina, licet per masculum semel exclusa, quæ esset ex vocatis in investitura, feudum non aperiatur domino, sed

sed ad ipsam fœminam devolvatur. Sic & Franc. Sonsbec. *in 9 part. comment. feud. n. 131. & aliquot seqq.* hanc sententiã & æquitati & rationi, & voluntati maximè contrahentiũ, ipsiq; juri feudali convenire luculenter ostendit. Quin imò hanc ipsissimam veritatem esse, Johan. Fichardus *in suis addit. ad commun. opinion. Villalob. vers. filia exclusa*, testatur. Idq; Mynsing. *in obs. 74. cent. 5.* non diffitetur. Sed & consulendo hanc sententiam secuti sunt Fulgos. *cons. 12.* Gozad. *cons. 9. nu. 58.* Socin. Sen. *cons. 64 n 3. vol. 1.* Et Alciat. & ipse sibi contrarius, *cons. 162. n. 10.*

Quod si igitur ex natura feudi, cujus tamen fœminæ regulariter incapaces censentur. *per c. un. §. hoc autem notandum. de his qui feud. dar. poss.* & similia, hoc est, ut fœminæ in investitura vocatæ extantibus masculis, non perpetuò, sed temporaliter exclusæ dicantur: quanto magis id obtinebit in præsenti negocio, ubi sermo est de bonis allodialibus, quorum filiæ nõ minus capaces sunt, quàm filii, *Bald. in d. l. quoties, n. 1. C. de su. & legit. per l. 4. C. de liber. preter.* Neq; natura successionis patitur, ut ius S. ob existentiam G. testatoris extinctum esse dicatur, hoc enim argumento, & frater suo ex præmortuo fratre nepoti sine liberis mortuo succedere non posset, quod prius in successione fratris ab illo fuisset exclusus: contra quàm Jura & Doctores statuunt. Quamobrẽ suspensum potius hoc Jus succedendi erit, quàm extinctum.

Deniq; nec illa regula, quod ab initio vitiosũ est, tractu temporis convalescere non potest, no-
68 stram assertionem infirmare potest, quoniã † illi tum demum locus est, quando perpetuum est id, quod ab initio vitiosum quid facit, nec quicquã interim accedit, unde vires sumat: Cæteroquin si impedimentum illud perpetuum non sit, ut in nostro casu, novaq; aliqua causa superveniat, quę actu confirmet, res initio vitiosa convalescit, *argum. l. 2. c. de his quæ vi met. caus. gest. su. & l. cum hic status 32. ff. de donat. int. vir. & uxor.*

Cùm igitur sæpius nominata S. portionẽ hæreditariam, seu potius usumfructũ illius portionis, quæ ex patris successione ad ipsã devenerat, fratri suo C. ejusq; hæredibus masculis per virilẽ lineã descendentibus, ad familiæ conservationẽ detulerit, reservando sibi in eadem portione regressum, si masculi deficiant: jusq; illud in eadem succedẽdi portione moriens in suos filios transmiserit, & jã nullus amplius ex masculis in descẽdenti linea superstit: illã ipsã portionẽ, nõ obstante testam. S. filiis de jure nũc deberi concludim9.

Quod ad secundam quæstionem attinet, certi quid ad eam hoc tempore à nobis responderi nõ potest: quoniam ex literis ac documentis transmissis, videre non licuit, quomodo & quib. conditionibus tàm A. & C. sorores S; quàm filiæ ex Domino T. susceptæ, hæreditati renunciarint. Quod si eodem, quo S. renunciarũt modo, reservata sibi competente successione, si quãdo linea masculina familiæ F. extingueretur, neq; amplius extarent ex ea masculi; extra omnem dubitationis aleam est positum, eo casu liberis ex T. A. & C descendentibus, singulis pari jure suorum parentum quotam hæreditariam deberi.

69 Ut maximè enim † primò omnium in defunctorum parentum hære ditatem ab intestato pro virilibus portionibus succedant filii filiæq; quæ. §. 1. *vers. si quis. auth. de hæred. ab intest. ven. auth. in successione. C. de suis & legit. & §. 1. inst. t. de hæred. quæ ab intest. defer. Paris. cons. 3. in prin. vol. 3. Soc. Jun. cons. 1. n 45 volum. 1.* quippe quos ad parentum bona naturæ simul, & ipsorum parentum commune votũ admittit, veluti Papinianus ait *in l. scripto 6. in fin. ff. und. liber. & in l. nam etsi. 15. in prin ff. de inoffic. testam.* quibus suffragantur *l. cum ratio 7. in princ. ff de bon. damnat. & l pen. §. 1. ibi cum omnia, quæ nostra sunt, liberis nostris ex voto paremus. ff. de bon. libert. Paris. cons. 72. nu. 27. volum. 1. & cons. 6. nu. 47. vol. 2. Rolan. à Vall. consil. 8. num. 37. cons. 14. num. 13. & consil. 39. num. 12. volum. 3 Tiber. Decian. resp 61. num. 25. volu. 1.*
tamen † cum illis ipsis filiis nempe & filiabus, jura admitti quoque volunt ulterioris gradus liberos, nepotes vel pronepotes, ita scilicet, ut in locum & causam præmortui sui patris hi succedãt, & eam solummodo hæreditatis partẽ adipiscantur, quam ipsorũ pater, si vixisset, habiturus fuisset, *§. sic tamen auth. de hær ab intest. venien. §. cum filius inst. t. eod. l. 3. de suis & legit. l. posthumorum 13 ff. de injust. rup. testam.* quod æquum esse ait Ulp. *in fragment. tit. 26. vers si defuncti.* idque propter jus repræsentationis, quo in locum patris sui præmortui intrant, & fictione juris in pari gradu cum superstite d. functi avi filio habeantur: ut sic non ex sua, sed illius in cujus locum transeunt, persona venire dicantur: *Plat. in d § cum filius. Bald. & communiter Doctores in l. 1. c. de condit. insert. Bart. & Alciat. in d. l. [illegible]rorum 220. ff. de verbor. signific. l. sed etsi conditionibus 6. §. nepotes. & l. Lucius 85. ff. de hæred. instit. Tiber. Decian. resp. 1. num. 346. vol. 1.* Quod † Jus repræsentationis, non modò locum habet, in ea successione, quæ ex jure civili descendit; sed in feudo atq; emphyteusi, adeoq; in jure patronatus, & observatur *per c. un. de natur. success. feud. Dd. in c. un. §. Si verò deficientibus. de grad. succed. in feud. Imol. in d. l. cum ita §. in fideicommiss. ff. de legat. 2. Raph. Fulgos. in auth. post fratres. C. de legit. hæred. Guilh. Benedict. in d. c. Raynutius 16. in verb. & uxorem nomine Adelasiam. num. 56. ext. de testam. per c. cum seculum, & ibi Panorm. ext. de jur. patronat. Innoc. in c. cùm Bertholdus 18. ext. de re judicat. Corn. cons. 24. vol. 2.* 70 71

Sed & † in ea successione, quæ ex statuto defer- 72
tur, huiusmodi repræsentationi locum fieri tradiderunt Bald *in l. scimus C. de inoff. testam.* Fulgos. *in l. de quib. ff. de LL.* Aretin. *in l. si quis posthumos. §. 1. ff. de liber. & posth.* Jas. *in l. qui se patris 11. n. 37. C. und. liber.* Dec. *in l. 1. n. 19. C. de secũd. nup. & in cons. 484. col. 2. itẽ cons. 627.* Alex. *cons. 88. vol. 1. & cons. 27 col. pen. vol. 3* Jas. *cons. 159. col. 4. vol. 4* Rom. *cons. 129.* Panor. *cons. 75. lib. 1.* Socin. *cons. 14. & 30.* Curt. Sen. *cons. 8.*

Atq; hęc in nepotibus ex filia perinde procedunt, ut in nepotibus ex filio genitis. Quamvis n. olim nepotes ex filiabus avo materno non succedebãt; sicuti patet *ex §. item vetustas. instit. de hæred. quæ ab intest. defer.* ex ea ratione, quod † in potesta- 73
te avi materni non sunt, nec familiã eius sequuntur, *§. fin. instit. de patr. potest §. 1. Instit. de legit. agnat. tutel. l. pronunciatio 195. in fin. ff. de verbor. significat.* tamen per Imp. Justinianum jus illud vetus ceu naturę inimicum correctum est ac constitutum, ut nepotes ex filia æque succederent avo, atque nepotes ex filio, *d. §. item vetustas. versic. sed nos. §. si*

quis igitur. Auth.in successione.C.de suis & legit.hered.l. inter filias.11.C.famil.ercisc.l.illam juncta auth.quæ tertia.C.de collat.Schurff.consil.73.num.1.cent.1.

74 Quæ causa est, quod † hodie de jure novissimo filius neposve à matre vel avo materno sine insertione causæ præteritus, æque testamentum ipso jure nullum facit, ac filius neposve facere potest, si à patre vel avo paterno præteritus fuerit, *gl.in §.exheredatus.in verb.noluit. Auth.de heredib. & Falcid.Paul.de Castr.in Auth.non licet.item in Auth. ex causa.C.de liber.præter.ibidemq; Jas.col.12.*

Ex his planum & perspicuum evadit V. & A. ex T. prognatis, dummodo renunciatio non obstiterit, dimidiam controversæ hereditatis partem deberi, quod T. ipsarum parens, quem repræsentant, si diutius patre suo V. vixisset, eidem in semissem ab intestato successisset: alter semissis liberis Domini G. nempe C. A. C. & S. ex æquo cedit, quoniam ipsorũ pater, si post V. mortem superstes fuisset, ejus frater T. plus semisse
75 consecutus non fuisset; propterea, quod † jura filios in successione paterna volunt esse æquales, *l. inter liberos. C.de famil.ercisc. l.1. C.unde liber. l.ult. C.comm.utriusq; judic. l.ut liberis.C.de collat. l.cum pater.§.evictis.ff.de legat.2 Dec.consil.536.num.10. versic. secundo potest responderi.*

Ergo, si Domini V. hereditas centum aureorum millibus valuisset, semissis, hoc est, quinquaginta aureorum millia filiabus T. cederent: reliqua quinquaginta ex æquo inter se dividerent liberi Domini G. modo nominati, singuliq; inde caperent aureorum millia duodecim cum quingentis. Hanc quotam, ut maxime ipsi vitam cum morte commutarint, ad descendentes tamen suos quin singuli transmiserint, dubium est nullum, & hactenus quoq; in priori quæstione abunde satis demonstratum.

Hinc ergo liquet, testatorem tantummodo de illa portione, quæ ipsius patri C. pleno jure competiit, rite testari potuisse; reliquas vero portiones, utpote restitutioni vigore sæpius memoratæ conditionis renunciationi appositæ, subjectas, dispositionem ejus effugisse, per jura superius allegata. Quocirca testamentum pro ea tantũ parte, quæ ipsius testatoris propria fuit, valebit: reliquæ vero partes, quia sine causa penes scriptos heredes sunt, jure ab iis avocari possunt.

In tertia quæstione inquirendum est, qua actione, quove remedio, & quo in foro competente filii S. portionem suam ab heredibus scriptis petere & advocare commodissime possint. Et quidẽ inter alia juris remedia ad hereditatem successionemq; consequendam comparata, duo
76 occurrunt, † ex quibus hoc casu agi potest, petitio videlicet hereditatis, & interdictum quorum bonorũ. Utrunq; enim heredi, sive ex testamento, sive ab intestato veniat, datur, non solum contra possidentem pro possessore, hoc est, eum, qui nullum suæ possessionis titulum allegare potest, nisi quia possidet; sed etiam adversus possidentẽ pro herede, hoc est, eum, qui putat se heredem, cum non sit, sive bona fide credat se heredem, sive etiam mala fide sciens se heredẽ non esse, heredem tamen se contendat, *l.1. l.2. l.regulariter. 9. cum l.seq.ff.de petit.hered.l.hereditatis petitionem.7. C. eod.l.pro herede.in princ.ubi gl.ff.de acquir.her.l.1.in fin. ubi Bart.C.quor.bono. Alex.in l.quod uxor.ff.de acquir. poss.& in consil.4.col.1.vol.2.item consil.152 col.2.vol.6. Corne.consil.214 nu.7.vol.3.* utroq; etiam hereditas non modo in solidum, sed etiam pro parte peti potest, *l.1.§.1.ff.si pars hered.pet. l.si quis servum. § ult. cum l.seq.ff.de legat.2. l.hoc amplius.cum l.seq.ff.de furt. Bart.in l.1.§.hoc interdictum.ff.quor bon. Alex. cons.73. col.1.vol.5.Ruin.cons.22.col.1.vol.1. Roland.à Valle cons. 1.nu.11.& seqq.vol.1.Schurff.cons.96.nu.28.cent.1.*

Ac quamvis interdictum quorum bonorum principaliter indultum sit iis, qui jure prætorio ad bonorũ possessionem veniunt: legitimis tamen heredibus, qui videlicet ad hereditatẽ jure civili admittuntur, non denegatur, quemadmodum videre est *ex l.1. C.quor.bonor.* Nam prætoris nõ fuit à suo beneficio excludere legitimos heredes, quorum eadem vel etiam major esset ratio, *Oldendorp.in class.2.actio.1.*

Itaq; videndum nunc fuerit, utrũ remedium S. filiis sit salubrius? Sane dubium non est, saluberrimum acquirendæ possessionis remediũ esse interdictum quorũ bonorum: cum hoc beneficii præstet, ut ne petitorio judicio gravati diu cum incommodo suo ad hereditatem pervenire impediantur, *l.qui destinavit.ff.de rei vindic.l.ordinarii.C.eod.l.incerti.C.de interdict.* veruntamen in præsenti casu hoc interdictum intentari minus consultum fuerit. Nam hic agentium jus, quemadmodũ rationes dubitandi supra primæ quæstioni insertæ evincunt, altiorem aliquam requirit indaginem, nec integre & plene in possessorio judicio expediri posse videtur, ut alia postmodum actione opus sit futurum, *per ea quæ notant Bald.in d.l.cum in antiquioribus.19.nu.7.C.de jur.deliber.& in c.Imperialem.nu.19.de prohib.feud.alien.per Feder. Panor.in c.cum contingat.in fin. extr.de offic.deleg. Paul.de Castr.consil.441.nu.5.vol.1.& Sigis.Neapol.consil.feud. 38.nu.10.* Huc accedit, quod heredes instituti nullo vitio possessionẽ controversæ hereditatis adepti sunt, ut possessoriis remediis à sua possessione titulo quæsita facile expelli non possint: quandoquidem in pari causa melior est conditio possidentis, *c.in pari. extr. de regul. jur. in 6.* tanto vero favorabilior est heredum institutorum causa in possessorio, quod eo casu, quo in forma testamẽti nihil desideratur, ut testamentũ non est cancellatum (ut hic) heredes instituti etiamsi possessionem non haberent, tamen in possessorio obtinerent, & in possessionem mittendi essent ex saluberrimo & admodum privilegiato remedio, *l.fin. C.de edict. D.Adria.toll.* ut ex textu ipso ejus legis apparet, & Doctor. communiter ibid. tenent. Multo facilius igitur possessionis, quam semel vi testamenti adepti sunt, retentio obtinetur, si tale testamentũ exhibuerint, & possessorio cõtra eos actum esse constiterit: cum † retentio possessio- 77
nis favorabilior sit quam acquisitio ejus, *l.1.§. is autem.ff.uti possid.l.invitus.§.cui damus.ff.de reg.jur. Ruin.consil.18.nu.20.lib.1. Paris.consil.23.nu.90.lib.1. Cephal.consil.402.nu.21.lib.3.* Quare satius fore videtur, petitorio judicio agere, quod tam quoad possessionem, quam quoad proprietatem agentibus commodum esse potest, *Ferrar. in form.libell.petit.ab intestat. in princip. num.8. per l.si inter me & te.ff.de except.rei judicat.* Frustra † namq; fit per 78
plura, quod fieri potest per pauciora, *l.1.ff. quod met.*

mer.cauſ.l.ampliorem.§.in refutationis.C.de appellat.l.ne in plures.ff.de exercit.actio.& l.plane ff.famil erciſc.

79 Neque adverſari poteſt, quod † hujuſmodi hereditatis petitio contra titulo poſſidentem dari nequit, *d.l.regulariter.& l.nec ullam.ff.de petit.hered.l.hereditatis C.eod.latiſſime Didac practicar.quaſt.cap.12.Natta conſil.16.nu.11.Socin.jun.conſil.75 nu.6.& 11.* etiamſi titulus fuiſſet acquiſitus poſt mortem defuncti, *ut per Salic.in l fin.ff.de edict.D.Adria.toll.& in l.2.C.de petit.hered.Angel.in § ſed iſte.column.penult.Inſtit.de actio.ubi dicit hanc eſſe communem. Aretin.in d.§.ſed iſte.col.8.verſic.principaliter adde Jaſ.in § actionum.col.33.verſic.item datur.& ſeq.Inſtit.eod.& in d.l.fin.col.ult.verſic.& ideo Bald. Alex.in d.conſil.73.col.2 vol 5.ubi ſimiliter eam communem dicit,& addit idem eſſe ſi titulus eſſet acquiſitus poſt litem motam. Idem Alex.conſil.184.nu.3.item conſil.186 nu.1.& 4.vol.eod.Ruin.in d.conſil.22.col.1.& conſil.174.col pen.in fin.vol.1.item conſ.160.col.1.vol.5 ubi omnes reprobant Bald.aliter tenentem in d.l.fin.in 9.& 11 oppoſit.*

Ut maxime enim heredes ſcripti in omnibus, quæ teſtator G. in bonis habuit, inſtituti ſint: proindeq; cum titulo illa poſſidere videantur; titulus tamen iſte validus ac juſtus non eſt, cum teſtator eos in illa portione, quæ nobilium de V. matri S. à morte ſui patris delata eſt. de jure inſtituere non potuerit, per ea quæ ſuperius deducta ſunt.

Jam vero adverſus eos, qui in valido titulo poſſident, etiam à fiſco petitio hereditatis datur. *d l.nec ullam.§.1.& l.etiamſi.§.2.ff.de petit.heredit.l.2.C.eod.gl in l.1.quam ibi probat Bart.ff.ex quib.cauſ.major.in integr.reſtit.eamq; notabilem dicit Aretin.in conſil.109.col.2.Bart.in l.ſi rem & precium ff.de petit.hered.& in l 1.num.1.& 2.C.de inoffi.teſtam.* quoniam

80 paria † ſunt vitioſum & injuſtum habere titulum, aut omnino nullum, *Bald.in l.inutilem.nu.2.C.de furt.Panor.in c.gravis.nu.7 extr.de reſtit.ſpoliat.Franciſc Balb.in repetit l.Celſus.in princ.ff.de uſucap.& b c notat Angel in d.§.ſed iſte col.penult.atq; ita in ſpecie conſuluerunt Joh.Crot.conſil.47.nu.21.& conſil.75.nu 10 Natta conſil.448.nu.23.& ſeq.Roland à Valle conſil.48.nu 12 vol.1.Caccheran.deciſ.Pedem.56.nu.5.Weſemb.conſil.6 nu.98.& ſeq.*

81 Unde fit, ut † hæc actio etiam contra coheredes pro parte inſtitui poſſit, *l.1.§.proinde.& tot.tit.ff.ſi pars her pet.l.1.ubi gl.ad verb.except.ff.famil.erciſc.Ferrar.in form.libell.pro hered ab inteſtat.in verb.reſtituendum.*

Itaque ex formula petitionis hereditatis prædicti nobiles concludere poſſunt: ſucceſſionem bonorum pro ea quota, quæ matri S. competiit, ob eventum conditionis renunciationi adjectæ, ad ſe jam devolutam eſſe, eamq; ſe animo adiviſſe, petereq;, ut tales ſucceſſores & heredes ſententia judicis declarentur, ſibiq; illa portio ex officio judicis reſtituatur, &c. Hæc enim eſt propria hujus actionis concluſio. *per l.veluti.& l.licet.ubi Bart.ff.de pet.hered Bald.in l.2.in fin.& Doctores in l.hereditas,9.C eod.Bart.in l 1.C.quor.bonor.Alber.in l.2.nu.1 ff ſi pars hered.pet.Abb.in c 2.nu.23.extr.de libell.oblat.Roffred.in for.pet.hered.nu.6 Alex.conſil.183.col.1.& conſil 84.col.1 vol.5.Ruin.conſil.160.col.1.vol.5.Angel conſil.161 nu.1.*

Cæterum quod ad judicem, coram quo inſtitui hæc actio debeat, attinet, nemini dubium eſſe putamus; quin coram principe territorii, in quo bona litigioſa ſita ſunt, inſtituenda & agitanda illa ſit. *Feim in c.cæterum.nu.8.ex doctrina Innoc.& Panorm.ibid.extr de judic.*

Etenim juris eſt aperti, quando res petitur petitione hereditatis, tunc dominum loci, ubi res ſita eſt, jure communi judicem eſſe competentem & ordinarium, *l.1.C.ubi de hered.ag.oport.ubi Bald.Caſtr.Salic & Doctores communiter.*

Nam petitio hereditatis, quamvis perſonales habeat præſtationes: tamen re ipſa eſt actio realis, & inter reales connumeratur, *l.ſi d etſi lege.25.§.petitio.ff.de petit.hered.d.l.hereditas.C.eod.gloſſ.Caſtrenſ.& Jaſ.in rubr.C.de inoffic.teſtam.* Et per conſequens, ubi res ſita eſt, coram loci illius domino atq; judice hæc actio intentari poteſt, vel etiam ubi heredes inſtituti domicilium habent, *text.eſt in l.fin.C.ubi in rem actio.exer.deb.*

Jam vero non ſolum de F. bonis ex ipſo teſtamento in d.§ vnd dieweil die Inſtituten vnnd Erbſatzung. verſic. daß auch erſtgemelter W. ibi, am Käyſerlichen Cammergericht/ als vnſerm ordentlichen vngemittelten Richter/ꝛc. colligere licet, ea ſub imperio immediate ſita eſſe, ſed & de nobilibus de V. ac eorum adverſariis, ut reis intelligimus, quod immediate Imperio ſint ſubjecti. Proinde privilegium primæ inſtantiæ der Außträge/ hic locum habebit, & coram iis judicibus agendum erit, de quibus loquitur Cameræ Imperialis ordinatio *part.2.tit.5.* ex quo loco licebit actoribus, nobilibus de V. vel commiſſarium à Cæſare impetrare, vel ſi ea via non placuerit, requirere adverſam partem; ut tres principes, ſiv (ut verba illius ordinationis habent) drey Churfürſten/ Fürſten/ oder Fürſtmeſſige/ꝛc. cum reſtrictione ibidem addita nominet, ex quibus ipſi actores poſtea unum eligant, coram quo procedatur.

Reſtat quarta quæſtio: Utrum videlicet prædicti nobiles à V. conjunctim una cum T.A.& C. liberis ſuam hereditatis partem petere; an vero ſeorſim pro ſe experiri commodius poſſint? Ad quam reſpondemus breviter, cum omnium dictorum liberorū cauſa ab eodem fonte promanet, & idem prorſus omnes petituri ſint, nihil quidem prohibere, quo minus eodem proceſſu ſimul omnes adverſus ſcriptos heredes experiantur, *argum.l.ſi quis cum procuratorio.31.§.1.verſic.unius itis.ubi Bart.ff de procurat.Jaſ.in l.hujuſmodi.84.§.fin.col.2.& ibidem Doctores communiter ff de legat.1.Cravet.conſil.182.nu.5.* Neque etiam hoc incommodum eſſe, ſi actiones, quæ ſeparatim intentari poterant, uniantur, quod expenſæ, quas quiſq; alias in ſolidum in lite facturus eſſet, inde minuantur, minuſq; ſinguli graventur, *argum.c.ult.ext.de conceſſ.præb.in 6.Anchar.conſil.260.col.1.* Siquidem onus diviſum inter plures facilius ſuſtinetur, *per l 4.ff de liber.legat.* Et ideo dixit Bald. *conſil.410.col.2.in fin.vol.5.* cavendū eſſe, ne onus, quod debet eſſe multorum, pauci portent, *l.actores.C.de exact.trib.lib.10.* Et hoc ſentiunt Paul.de Caſtr.& Salic. *in l.neminem.C.de ſacroſ Eccleſ.* quos ſequitur Ruin. *in conſil.107.col 2.vol 5.* & Tib.Decian. *in reſponſ.1.num 21.vol.1.*

Sed quoquo modo hęc ſeſe habeant cū pręterquam quod diverſarum perſonarum hereditates

hic

hic concurrunt, & fortassis renunciationes filiarum non eodem modo factæ sunt: segnius etiam (ut habet vulgatus ille versiculus) expediant commissa negotia plures; ipsaq; experientia & quotidiana praxis doceat; processus per consortes, si plures una in lite fuerint, sæpius impediri ac differri, dum in hoc mandatum, in illo tutorium seu curatorium, in alio quid aliud adversa pars desiderat, adeoq; consortes ipsos inter sese non raro dissidere, magno cum causæ periculo ac incommodo: melius atq; rectius facturos putamus sæpius dictos nobiles S. filios, si separatim suum jus persecuti fuerint, ac pro se soli adversus institutos heredes in judicio egerint. Multo enim facilius unus & actiones exercet & excipit, teste Ulpiano, *in l. 3. §. apparet igitur. ubi gloss in verb facilius. ff. de admin. & peric. tutor. quo facit l. decreto. § fin ff. de administrat. tut.*

Consignatum Marpurgi mense Februario, Anno 1590.

Consilium XXI.

Quod est

D. PHILIPPI MATTHÆI

Jurisconsulti, nomine facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi scriptum:

In quo confutatur quoddam Jurisconsultorum Academiæ T. responsum, simulq; superius consilium plenius suis momentis ponderatur, cujus intelligendi causa Responsum T. præmittitur.

Consilium Jurisconsultorum T. continens primæ quæstionis in consilio proxime præcedente propositæ decisionem contrariam.

SUMMARIA.

1 *Renunciatio in unum casum facta ad alium non extenditur.*
2 *Fœmina exclusa, donec superstites sunt masculi, deficientibus masculis admittitur.*
3 *Testandi facultatem habet is, in cujus favorem renunciatum est, etiamsi renuncians sibi reservasset successionem legitimam.*
4 *Renunciationi cuivis tacite inest conditio familiæ conservandæ.*
5 *Testandi facultatem habet is, in cujus favorem renunciatio facta est, etiamsi nihil sit reservatum.*
6 *Aditio facit, ut hereditas esse desinat, & incipiat esse patrimonium adeuntis.*
7 *Expressio ejus, quod tacite inest, nihil operatur, quod declaratur num. 28.*
8 *Expressio censetur facta ad tollendam dubitationem.*
9 *Quandiu successio ex testamento speratur, tandiu non est locus successioni ab intestato, quod declaratur num. 27.*
10 *Pacta ex communi observantia interpretationem recipiunt.*
11 *Remotior in successione excluditur à proximiori, quod declaratur num 50.*
12 *Qui semel heres factus est, non desinit esse heres.*
13 *Fœmina exclusa, donec erunt masculi, non transmittunt jus suum ad heredes, si ipsæ moriantur, antequam casus successionis eveniat.*
14 *Hereditas nondum delata non transmittitur, quod declaratur num. 57.*
15 *Legatario non totum testamentum, sed pars legatum concernens edenda est.*
16 *Hieron. Schurff. declaratur consil. 96. centur. 1. & num. 19.*
17 *Verba ubi clara sunt, ulterius non est dubitandum.*
18 *Argumentum à contrario sensu in jure validissimum est.*
20 *Pactum conservandæ hereditatis validum est.*
21 *Reservatio nihil novi juris tribuit, sed antiquum conservat.*
22 *Barthol. Chassanæus declaratur, & num 24.*
23 *Actus interpretandus est, ut potius valeat.*
25 *Jus alicui quæsitum, ne à principe quidem auferri potest.*
26 *Zasius declaratur in l. stipulatio hoc modo. ff. de verbor. obligat.*
29 *Pactum non censetur frustra appositum.*
30 *Pactum legem dat contractui.*
31 *Dispositio hominis favorabilior est dispositione legis vel statuti.*
32 *Conditione renunciationis deficiente deficit ipsa renunciatio.*
33 *Conditio & causa parificantur.*
34 *Paria sunt causam non esse, vel esse finitam.*
35 *Conditio ante sui implementum nihil ponit in esse.*
36 *Testari quis debet de rebus propriis.*
37 *Res restitutioni subjecta censentur esse alienæ.*
38 *Res restitutioni subjectæ alienari non possunt.*
39 *Res restitutioni obnoxiæ alienatæ non præscribuntur.*
40 *Proximior in gradu proximior est in successione.*
41 *Proximior in gradu magis dilectus censetur.*
42 *Hereditas nondum adita non transmittitur.*
43 *Renunciatio ultra expressa non extenditur.*
44 *Actionibus omnibus triginta annis præscribitur.*
45 *Juri adeundi hereditatem præscribitur annis triginta.*
46 *Protestationum usus & effectus.*
47 *Quilibet ex promissione sua tenetur.*
48 *Renunciationes sunt stricti juris.*
49 *Renunciationes sunt odiosæ.*
51 *Filius in successione repræsentat personam patris jure civili.*
52 *Etiam jure divino.*
53 *Quod etiam in successione feudorum obtinet.*
54 *Itemq; in successione, quod fit ex statuto.*
55 *Statuti verba strictè sunt interpretanda.*
56 *Repræsentatio locum habet in omnibus descendentibus.*
58 *Præscriptio non currit agere impedito.*
59 *Præscriptiones locum habet in actionibus natis.*
60 *Commodum pertinet ad eum, cujus contemplatione id fit.*
61 *Malæ fidei possessor ullo tempore non præscribit.*
62 *Præscriptiones interruptione sistuntur.*
63 *Repudiatio non inducitur facile.*
64 *Protestationes non sunt semper necessariæ.*

65 In

65 In obligatione facti requiritur interpellatio, ut quis constituatur in mora.
66 Superflua juri sunt odiosa.

In nomine sanctæ & individuæ Trinitatis, Amen.

Dieweil der casus dem Herrn consultori V. so wol als vns bewust/ haben wir denselben hieher zu widerholen / vnnotturfftig geachtet.

Die Frag aber/ welche darauß entspringt/ vnd darüber vnser Rechtliches Bedencken begehret wird / ist diese / Ob der Verzug / durch welchen weiland Fräuwlin S. geborne von F. sich Vätterlichen vnd Brüderliches Erbs begeben / auff gestalt vnd massen solches dem Vertrag in Anno 33. vnd darauff in Anno 36. auffgerichten Verziegbrieff eynverleibt / jetzundt auff Absterben Herrn G. seligens / deß letzten von F. ewern vnnd jetzterwenten S. seliger Gedächtnuß Kindern / so viel von Rechtwegen præjudicirn vnd verhinderlich seyn könne / daß sie mit dem legato der vier tausendt Gülden / welches jhnen gemelter Herr G. in seinem Testament mit dem Anhang verordnet / daß sie zu seinen verlassenen Güttern kein weitern Zuspruch vnd Anforderung thun sollen / zu frieden / vnd von denselben Güttern / welche dem alten Herrn G. von F. jhrem Anherrn / Christmilter Gedächtnuß / herrühren / vnnd wo der Verzug nicht geschehen / vielleicht zum theil auff jhre Mutter S. erblich kommen weren / von Rechtswegen außgeschlossen seyn sollen.

Wiewol nun von dieser Frag in utramque partem scheinbarlich kan disputirt werden / so wöllen wir doch allein decisive auff dieselben vns kürtzlichen resolviren / vnd die rationes dubitandi auß der Vrsachen / dieweil wir vnserm Ermessen nach nicht für / sondern wider den Herrn Consulenten schliessen müssen / vberschreitten.

So halten wir es nun nach fleissiger Betrachtung aller dieser Sachen Circumstantion decisive darfür / daß der Frawen S. von F. seliger hinderlassene Kinder vber die 4000. fl. so jhnen von mehrgedachtem letzten deß Stammes vnd Namens Herr G. von F. vermacht worden sind / weiters nichts de jure zu begeben oder zu fordern haben / welche vnsere Meinung auß nachfolgenden Rechtsgründen bekräfftiget wird.

Dann erstlichen / wiewol der Verzug mit dem außtrücklichem Anhang geschehen / daß gemelte S. Vätterliches vnnd Brüderliches Erbes allein gegen den von F. vnd so lang als einer deß Namens vnd Stammens im Leben seyn wird / entschlagen vnnd begeben wölle / auß welchen Worten à contrario sensu inferirt vnnd geschlossen wird / daß auff den Fall / da keiner von F. mehr verhanden / die Renunciation sich nicht erstrecke / daher es auch das Ansehen bey etlichen haben möchte / daß jetzund nach tödtlichem Abgang aller der von F. sie S. oder jhre Kinder zu der Erbschafft / deren sie sich mit jetzterzehlten Anhang begeben / einen Zugang haben könte. Cum † re-
2 nunciatio in unum casum facta ad alium non extendatur, *l. quicquid. ff. de verbor. obligat. Ay Gravett. consil. 200. num. 10. Cephalus consil. 334. num. 52.* *qui multos allegat.* Et † fœmina exclusa, donec su- 1
perstites erunt masculi, non perpetuo exclusa esse, sed deficientibus masculis admitti debeat, *Bartol. & Doctores in tractatu, quod stantibus mascul. fœmin. non ampl. &c. articul. 10. quæst. 5. Hartman. Pistor. lib. 2. parte posteriore quæst. 36. num. 32. Chassaneus in consuetudinibus Burgund. Rubrica 7 §. 12. num. 2. & seq. qui plures allegant.*

So muß doch solche Vorbehaltnuß / so auff den Fall / da keiner deß Stammens mehr im Leben seyn wird / geschehen / allein dahin verstanden / vnnd gedeutet werden / daß die Renunciation dem Renuncianten / welcher also renunciert / nicht aller dings außschliessen soll / wann der letzte deß Geschlechts ohne Testament oder letzten Willen / vnd also ab intestato stirbt. Wann aber ein Testament auffgericht / vnnd die Gütter andern vermacht worden / daß solches für kräfftig gehalten / vnd demselben nichts zuwider gehandlet werden soll. Quoties † enim renuncians deficien- 3
tibus masculis reservat sibi legitimam successionem in bonis, quibus renunciavit, masculi, in quorum favorem hoc pactum constitutum est, liberam testandi facultatem habent, adeo ut possint, non impediente hac reservatione, eum, qui legitimam sibi successionem reservavit, per testamentariam dispositionem successione privare. Ita in terminis consuluit Hierony. Schurffius *centuria 1. consil. 96.* Chassaneus *in consuetud. Burgund. §. 11. num. 8 & 9. & seq. versic. ad hoc dico, quod licet.* Zasius *in l. stipulatio hoc modo. num. 10.*

Zum andern / daß solche Renunciation allein auff die successionem ab intestato. vnd gar nicht auff den Fall / wann ein Testament auffgericht worden / zu referirn vnd zu ziehen sey / kan auch darauß deducirt werden.

Alle Verzüg † der Töchter / welche vnter de- 4
nen vom Adel sich Vätterlicher oder Brüderlicher Erbschafft begeben / die geschehen zu Erhaltung deß Geschlechts / vnnd dem Stamm vnd Namen zum besten / Darumb so ist der Anhang oder Limitation in allen dergleichen renunciationibus stillschweigend begriffen / daß nemblichen die verzeihende Töchter nur so lang / als der Stamm vnd Namen wehret / der Vätterlichen vnd Brüderlichen Erbschafft sich enteussern vnd entschlagen thun. Ita in specie scripserunt Didacus Covarr. *parte 3. §. 1. num. 4. Quinto si tempore. in c. quamvis. de pact. in 6.* Aretinus *in l. qui superstitis. colum. 4. ff. de acquirend. heredit.* Geminian. *in c. quamvis. num. 6. & ibi* Francisc. *num. 5.* quos duos refert & sequitur Menochius *consil. 335. volum. 4. num. 14.* Georgius Natta *in d. c. quamvis. num. 6.*

Nun ist es † aber bey allen Rechtsgelehrten 5
vnzweiffenlich vnnd richtig / wann auff dergleichen Renunciation in favorem masculorum gethan / alle masculi ohne Männliche LeibsErben mit Todt verfahren / daß alsdann die Tochter / welche renunciert hat / nichts zu suchen / wann einer deß Namens vnnd Stammens ein Testament auffgerichtet / vnd in demselben andere heredes eyngesetzt oder instituirt hat / Robert. Maranta *disputatione 10. num. 16.* ubi dicit, Alexandrum *in l. 1. §. veteres. de acquirend. possessio.* & Paulum de Castro *in l. Paulus respondit. §. final. de acquirenda hereditate,* communiter ita tenere, Schurffius

d. con-

d. consil. 96. num. 17. & seq. Et quidem hæc sententia ex juris etiam principiis verissima demonstratur esse. Nam masculi per aditionem hereditatis omnium bonorum hereditatiorum do-
6 minium sunt consecuti, quia † aditio facit, ut hereditas non amplius sit hereditas vel patrimonium defuncti, sed heredis, §. 1. *Instit. ex quib. caussis manumitt. non licet. §. 1. Instit. de heredit. qualit. & different. l. sed si plures. §. filio. ff. de vulgar & pupillar. l. final. in fin. C. de inofficios. testament. gloss. communiter approbata in l. ejus qui in provincia. ff. si certum petatur. Et ibi Bartol. post principium 2. soluit. in versic. secundo oppono. gloss. ordinaria in l. 1. §. veteres. ff. de acquirend. possess. textus in l. 2. & sequent. ff. de bonor. possess. & in l. cum heredes. de acquirend. possess. Zanchus in repetitione l. heredes mei. §. cum ita. sub num. 10. versic. non omitto. ff. de acquirend. heredit. Cephal. consil. 429. num. 168.* hoc ita posito, efficitur masculos, qui adepti sunt hereditatem, liberam de ea disponendi facultatem habuisse, per vulgatam & receptam dominii definitionem, quod sit facultas libere disponendi, &c.

Dieweil dann die Reservation oder Vorbehaltnüß / welche tacite in allen verzichten eyngeschlossen ist / diese Wirckung vnd Krafft nicht hat / daß sie dem mannlichen Stamme / dem die Renunciation zum besten geschehen / die Macht zu testiren beneme / So folget vnwidersprechlich / wann gleich in dem Verzüg abgehandlet worden / daß solcher allein zu Erhaltung deß Stammens vnd Namens geschehe / daß nicht desto weniger in deß letzt verstorbenen Willkühr stehe / die Güter / welcher sich die Tochter durch den Verzüg enteussert / seines gefallens durch Contract oder letzten Willen zu vereussern / zu vermachen / oder zu verschaffen. Regula est enim notissima,
7 expressionem † ejus, quod tacite inest, nihil operari, *l. 3. ff. de legat. 1. l. conditiones quæ extrinsecus. de conditionib. & demonstrat. l. non recte. C. de fidejussorib. & præcise in pacto, Alexand. consil. 30. viso themate. colum. 2. versic. nec adhuc obstat. Ruinus consil. 169. num. 15. volum. 1. Parisius consil. 110. num. 47. lib. 1.* Et ta-
8 lis † expressio censetur facta ad auferendam dubitationem, *l. qui mutuam. in princip. ff. mandati. l. quæ dubitationis. de regul. jur. Socin. consil. 102. num. 11. lib. 3. Cephal. consil. 104. num. 14. Ruin. consil. 59. num. 17. lib. 3. & consil. 4. num. 7. lib. 4. Decius late in d. l. quæ dubitationis. & in l. 2. § creditum. colum. penult. in fin. num. 19. ff. si certum petat. Duran. de arte testandi, tit. 2. caut. 11. num 1. Socin. consil. 102. num. 11. lib. 3.* ubi ait, expressionem eorum, quæ tacite insunt, censeri factam ad auferendam omnem dubitationem.

Darauß folgt schließlichen / daß in gegenwertigem Fall von deß letzten verstorbenen Herrn G. von F. Gütern / woher die auch an jhn kommen / die Fraw S. oder jhre Kinder nichts weiters / als das Legatum zu fordern. Dann berichtet wird / daß derselbige ein Testament vnd letzten Willen nach jhm verlassen / vnd darin nicht allein andere / als nemlichen Herrn W. von M. vnd dann Fräwlin M. Herrn O. Graven von S Tochter / zu vniversal Erben instituirt / sondern darneben außtrucklichen cavirt / vnnd dem Testament eynverleibt hat / daß gemelter Frawen S. Kindern weiter nichts / als die legirte 4000. fl. zu begeren / oder zu fordern / haben sollen / idque cum clausula pœnali inserta, laut vberschickten Extracts sub litera F.

Cum itaque testamentum in medio sit, quod, ut diximus, jure fieri potuit, melius facturi sunt Dominæ S. liberi, si inutilibus sumptibus se non vexabunt, & testatoris dispositioni acquiescent. Regula est enim juris nostri indubitata, quan-
diu † locus est successioni ex testamento, non 9
admitti successionem ab intestato, *l. quandiu. & cum similibus. ff. de acquir. hered.*

Zum dritten / thut hierzu nicht wenig / sondern viel der allgemeine vbliche Gebrauch vnter denen vom Adel / vnter welchen täglich solche Verzüg / denen dergleichen reservationes vnnd Anhang eynverleibt / verlauffen vnnd practiciret werden / Vnd ist aber ohnlaugbar / daß ohngeachtet solcher Verzüg die vom Adel / denen sie zu guten geschehen / ohn einiges Widersprechen vnd Eynred / die verziehene Güter verendern / vnd vertestiren. Darauß dann klärlich zu sehen / daß solche vnd dergleichen renunciationes auß gemeinem Brauch vnnd Observantz deren vom Adel biß anhero nicht den Verstand gehabt / daß dardurch dem mannlichen Geschlecht mit den verziehenen Gütern jhres gefallens zu schalten vnd zu walten nicht frey stehen / sondern benommen seyn solle. Dieweil es sich dann dem gemeinen Gebrauch nach also halten thut / vnnd solche Verzüg durch denselben dermassen interpretirt werden / daß sie die testamenti factionem nicht auffheben / so müssen wir auch gegenwertige Reservation anders nicht / als consuetudo vnnd communis observantia fürschreibt / außlegen.
Nam † pacta ex communi observantia & con- 10
suetudine interpretationem, *l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de ædili edictio. l. si fundus de evictionib. l. si prius. §. placuit. de aqua pluvial. arcend. l. circa. C. locati. c. cæterum. de donationib. l. semper in stipulationibus. de regul. jur. & ibi Decius num. 7. 8. 9. 10. & seq. Wesembec. consil. 74. tomo 2. num. 2.*

Darauß schließlichen inferirt wird / daß in proposito casu Herr G. von F. der letzte deß Geschlechts vnverhindert beschehener Renunciation wol befügt gewesen / alle seine Güter durch ein ordenlich Testament auff andere zu wenden / vnd darvon Fraw S. vnnd jhre Kinder außzuschliessen.

Zum vierdten / den Fall zu setzen / Herr G der letzte von F. hette kein Testament nach seinem Tod verlassen / könden wir dannoch nach Gelegenheit etlicher Vmbständ / so sich bey dieser Sachen erzeigen / anders nicht ermessen / dann daß offtgemelter Frawen S. seliger Kinder ab intestato nicht zu succediren befügt weren. Dann daß oben angezeigt worden / daß auß Krafft der eynverleibten Reservation die successio ab intestato conserviert vnd vorbehalten werde / das hat in dem Fall statt / wann kein nähere verwandte Blutsfreunde nach Absterben deß männlichen Stammens vorhanden / welche ab intestato von Rechts wegen zu deß letzt verstornen Erbschafft allein zu admittiren sind / dann wo andere vbrig sind / welche den letzt verstorbenen mit Sipschafften näher zugethan / so schliessen dieselben die Tochter / welche renuncijrt / vnnd etwas weiters

ist/

ist / von der gantzen Erbschafft auß / vermög der
11 allgemeinen Regul / † quæ observatur in succes-
sionibus, ab intestato remotiorem excludi per
proximiorem.

Wider welche regulam nicht fürgewendet wer-
den kan / als wann die clausula die Würckung het-
te / daß die renuncirende Tochter auch vor an-
dern / die näher verwandt / solte auß der letzt ver-
storbenen Erbschafft ihr Vätterlich Erbtheil /
dem sie abgekündigt / zu erheben haben. Dann
einsmal gewiß / so daß solche Vorbehaltnüß so
viel nicht vermag / daß der Vätterlich Erbtheil
der Tochter / welcher in deß letzt verstorbenen Erb-
schafft gefunden wird an die Tochter / welche ge-
hörter massen renunciert / widerumb wachsen / vnd
devolvirt werden soll / wann andere zugegen sind /
welche dem letzt verstorbenen näher verwandt.
12 Hoc enim satis constat, eum, † qui semel he-
res factus est, hereditatem ad proximiores ab in-
testato devolvere, nec posse conventione priva-
torum hoc effici, ut post mortem suam heres es-
se desinat, quod quidem fieret, si exclusis & non
admissis proximioribus hereditas ad filiam, quæ
renunciavit, rediret.

Atqui conventionem, quo hoc agitur, ut qui
semel heres factus est, post mortem suam heres
esse desinat, nullius esse momenti extra contro-
versiam est, *l. ei qui solvendo. ff. de hered. instit. l. etsi fi-
ne. §. sed quod Papinianus. ff. de minorib.* Hinc Bart. &
Jas. *in l. fin. ff. ad Tertull.* quos refert & sequitur Me-
noch. *consil.* 105. *nu.* 77. & Chassaneus *Rubr.* 7. §. 12.
num. 7. scriptum reliquere, verba ista, *donec, quan-
diu, & similia*, quibus successio ad tempus suspen-
ditur, in hominis dispositione de hereditate fa-
cta nihil operari, & frustra adjici.

Quod cum ita se habeat, non poterit S. vel li-
beri ejus inniti verbis renunciationis: & quo-
niam suspensiva, vel, ut Chassaneus loquitur,
temporalia fuerunt, propter hoc post mortem
ultimi de familia partem hereditatis paternæ,
cui renunciavit, petere. Adsunt enim ab inte-
stato proximiores, ad quos tota hereditas ultimi
defuncti jure devolvitur, nec potuit pacto effici,
ut ad eos non devolveretur.

Non obstat huic fundamento doctrina Barto-
li & Doctorũ *in l. fin. ff. ad Tertull.* & Alberti Bru-
ni *in tractatu, quod stantibus masculis. articul.* 10. *quæ-
stio.* 5. & aliorum quamplurimorum, quos citat
Hartmannus Pistoris *lib. 2. parte posteriore, quæst.*
36. *num.* 32. Fœminam per verba, *donec, quousq;,
vel similia*, exclusam, deficientibus masculis ad
successionem redintegrari; non secus, ac si re-
nunciatio facta non esset. Nam ad hanc obje-
ctionem facilis est responsio: quandoquidem
Bartolus & cæteri omnes loquuntur in disposi-
tione legis vel consuetudinis, in qua fœmina per
verba *donec, quandiu, & similia*, removetur à suc-
cessione. Per hanc igitur legis statuti vel con-
suetudinis ordinationem effici potest ut mascu-
lis deficientibus, qui semel hereditatem adive-
runt, fœmina, quæ interim exclusa fuit, exclusis
etiam proximioribus hereditatem recipiat, &
quasi de novo heres esse incipiat, *l. miles. in princ.
ff. de militari testamento. Bart. in l. fin. ff. ad Tertullian.
Bald. in l. extraneum. in ultim colum. C. de hered. instit.*
Sed quamvis, ut jam dictum est, possit lex vel
statutum heredem ad certum usq; tempus con-
stituere, & eo tempore elapso efficere, ut he-
res esse desinat, & alius ad hereditatem perve-
niat. Hominis tamen dispositio idem operari
non potest.

Vnd letzlichen abermals den Fall gesetzt / der
von F. were ohn Testament Todts verfahren / so
köndten dannoch der Frawen S. seligen Kinder /
jhne ab intestato, nicht erben / dann die renuncia-
tio, welche mit diesen Worten geschehen ist / So
lang einer von F. im Leben seyn wird / rc. hat allein
die Krafft vnd Wirckung gehabt / daß gemelte S.
wann sie deß letzten mañs von F. Todtsfall er-
lebt hette / vnd nicht nähere Verwandte da gewe-
sen weren / der Erbschafft hette können fähig seyn.
Aber so viel kan offtgemelter Vorbehalt nicht
wircken / daß auch der S. Kinder den letzt verstor-
benen deß Geschlechts erben sollen. Ratio est ma-
nifesta, quia † fœminæ exclusæ, *donec erunt ma- 13
sculi*, jus suum ad heredes non transmittunt, si
moriantur ante obitum omnium masculorum,
& antequam casus successionis contingat, *Bart.
in l. ultima. §. 1. ff. ad Tertullia. & Imola in l. ei qui sol-
vendo. ff. de heredib. instituend. Alexand. in l. 2. colum.
antepenult. C. de liber. præterit. Aretin. in l. si quis post-
humos §. si filium. colum. 3. versic. sed quæritur immedia-
te. ff. de liber. & posthum. qui ait, Bartolum dicere, hanc
sententiam verissimam esse*: & quidem non autho-
ritate, sed juris etiam ratione hæc sententia de-
fendi potest: nam † hereditas, quæ nondum 14
delata est, non transmittitur ad heredes, *l. unica.
C. de caduc. tollend. l. fin. C. de jur. delib.*

Derwegen / als in proposito casu gewiß vnnd
bekannt / daß Fraw S. deß letzten von F. Todtsfall
nicht erlebt hat / sondern zuvor gestorben / so könd-
ten sich jhre Kinder der Erbschafft / von welcher
jhr Mutter vigore renunciationis, & cum pacto
isto außgeschlossen gewesen / nicht anmassen noch
vnterfangen.

Dieweil dann diese alle tam in jure quam in fa-
cto gegründte rationes der Frawen S. seligen hin-
terlassenen Kindern entgegen vnd zuwider sind /
haben wir keiner anderer Meinung seyn können /
als daß am besten vnd sichersten sey / daß man das
legatum der vier tausendt Gülden gegen gebühr-
licher Quittantz jhrentwegen acceptire vnnd an-
nemme / vnd contra testatoris voluntatem weiter
nichts suche.

Auß dieser vorgehenden Deduction wird auch
die ander Frag deß Herrn Consultoris (nembli-
chen / ob man auff den Fall / da man befugt were /
vermög deß Verziegs vnd Vertrags / die Sache
mit Recht außzuführen / für ein Notturfft hielte /
daß copia totius testamenti begehrt würde) resol-
virt vnnd erleutert. Dann dieweil / wie hieroben
angezeigt / daß der Frawen S. seliger hinderlassene
Kinder mit dem legato content vnnd zufrieden
seyn sollen / vnnd kein weitere Anforderung wider
deß letzt verstorbenen Herrn G. von F. vnsers er-
achtens Testament vnd letzten Willen haben / Er-
scheint demnach ohnnohtwendig vnnd vergeblich
seyn / vmb copiam totius testamenti anzuhalten /
die wir auch / wo sie gleich vom Gegentheil gefor-
dert würde / jhne dieselbigen zu ediren / nicht schül-
dig vermeinen / Sintemal † die Rechte mit sich 15
bringen / daß die legatarii nicht copiam oder Ab-

schrifft deß gantzen Testaments zu begeren/ es were dann ein zweiffelicher oder dunckler Verstande deß Legats/ also/ daß es auß vor oder nachfolgender Dispositionen Erklärung oder Außlegung erforderte/ Franciscus Mantica *de conjecturis ultimarum voluntatum, lib. 6 cap. 15. num. 7* ubi allegat Bartolum, Baldum, & Aretinum *in l. qui filiabus. in princip ff. de legat. 1.* & Gailius *lib. 1. observat. 106. num. 10.* ubi ex sententia Bartoli & Jasonis *in Rubrica ff de oper. novi nunciat.* concludit, & in Camera observari dicit, ut parti non totius instrumenti, sed ejus tantum capituli copia, de quo controvertitur, exhibeatur.

Dieweil dann Gegentheil das capitulum testamenti, in welchem das Legatum begrieffen/ guttwillig herauß geben/ vnd die Wort deß Legatons so lautbar vnd hell/ daß gantz vnd gar kein Zweiffel von derselben Verstand oder Meinung furfallen kan/ so were ohnnohtwendig/ vnd den Rechten nicht ähnlich noch gemeß/ deß gantzen Testaments Abschrifft zu begeren.

Auspice Christo, qui & via ad veritatem, & ipsa veritas est.

QUANDOQUIDEM nobilis V. ad pleniorem sui instructionem petiit à nobis fecit, ut & consilium de eadem successione F. sibi aliunde missum suis momentis ponderaremus, & de quatuor illis quæstionibus, quæ paulo post, ubi consilii hujus fundamenta examinata fuerint, singulatim proponentur, sententiam nostram subjiceremus; petitioni ipsius locum dare, & quid tam de consilio, quam quæstionibus illis sentiremus, libere ac syncere, prout ratio juris postulat, pronunciare voluimus.

Sunt autem consilii istius autores in ea sententia, quod prædicti V. liberi portionem hereditariam, quæ matri S. nisi renunciasset, in bonis F. extra omne dubium competiisset, atrogare sibi nunc de jure non possint: quantumvis renunciatio ista limitate, & sub hac expressa restrictione, *quousq; masculi ex stirpe F. extiterint*, facta sit.

Atque, ut hoc sentiant, moveri sese ajunt quatuor potissimum fundamentis; quorum primum est, quod omnis ejusmodi renunciatio facta sub hac limitatione, *quandiu masculi ejus nominis & familiæ superstites fuerint*, ita demum renuncianti jus succedendi in bonis, quibus renunciavit, tribuat, si masculus ejus familiæ ultimus sine testamento & ab intestato decesserit: habere enim masculum, in cujus favorem renunciatum est, liberam testandi facultatem, adeo ut possit, non impediente hac reservatione, illum, qui legitimam sibi successionem reservavit, per testamentariam dispositionem successione privare.

Alterum fundamentum cum priori quodammodo cohæret, & hoc modo in dicto consilio proponitur: Omnibus renunciationibus nobilium fœminarum etiam his, quæ simpliciter nulla cum reservatione factæ sunt, hæc tamen reservatio tacite inest, ut tum admittantur fœminæ, cum masculi superstites nulli fuerint: ex ea ratione, quoniam in favorem duntaxat & conservationem masculorum istæ fiunt: ac proinde deficientibus masculis fœminæ à successione arceri non poterunt. Jam vero inter omnes Jurisconsultos constat, hoc casu, etiamsi masculi extiterint nulli, fœminam tamen ad successionem admitti neutiquam posse, si vel unus ex masculis testamentum fecerit, & alium in illo heredem scripserit. Quod si itaque reservatio ejusmodi, quæ renunciationibus quibusvis tacite inest, hanc vim non habet, ut masculis facultatem de talibus bonis testandi adimat; nec illa reservatio, quæ expresse renunciationi inserta fuerit, vim illam habere poterit: cum secundum notissimam juris regulam, expressio ejus, quod tacite inest, nihil operetur, sed ad auferendam dubitationem duntaxat facta censeatur.

Tertium fundamentum ita comparatum est: De communi nobilium more ac stylo, memorata vel similis reservatio renunciationibus hodie inseri solet; & tamen nihilominus de bonis, quibus renunciatum est, masculi rite testantur. Quocirca nec reservatio, quam S. suæ renunciationi apposuit, ex communi ista observantia & consuetudine Domini G. testamentum infringere poterit.

Quartum fundamentum, quo prædicti consilii autores nituntur, ita sese habet: Reservatio fœminæ renunciationi inserta ita semper exaudiri debet: *Si eo tempore, quo masculus ejus stirpis ultimus moritur, proximior non superfuerit*: hinc inferunt, ut maxime nullum a Domino G. de F. conditum fuisset testamentum: tamen liberos V. in bonis, quibus mater S. renunciavit, succedere non posse, quod Dominus modo dictus proximiores post se reliquisset. Cæteroquin hoc consecuturum privatorum conventione effici posse, ut is, qui semel heres factus sit, hereditatem ad proximiores ab intestato devolvere non possit.

Ex his fundamentis concludunt illi, liberos prædicti V. portionem istam hereditariam, cui mater S. tantisper, dum masculi superstites fuerint, renunciatum voluit, de jure petere non posse, sed in quatuor aureorum millibus legatis eos acquiescere debere. At vero contrarium à nobis jam ante responsum est: cui responso ut de jure veriori etiamnum insistimus. Eo quidem magis, quod memorata ista fundamenta ita comparata non sunt, ut vel in minimo, id quod ordine ac singulatim demonstrabimus, infirmare illud valeant.

Nam primum illud fundamentum nulla lege ab illis munitum est; nec etiam Hieronymus Schurffius in terminis ita consuluit, ne Bartholomeus Chassanæus, nec Udalricus Zasius in illo consilio allegati uspiam hanc sententiam tutati sunt.

Schurffium † enim *in opposito consil. 96. cent. 1.* 16 in terminis longe diversis loqui, vel ex eo satis liquet, quod *in eodem illo consilio 96 num. 11. versic. præterea & secundo.* diserte dicit, colligi non posse ex verbis renunciationis, quod Domina N. renunciaverit hereditatibus paternæ & maternæ sub conditione, si scilicet contingeret, fratres suos

suos liberos legitimos post se relinquere;) vel sub modo, quando videlicet decederent sine liberis legitimis. Et ita hujusmodi renunciationem non esse extendendam ad casum, quando videlicet omnes tres fratres decederent sine liberis; cùm prædicta verba in fine renunciationis posita hoc non exprimant. Atq; iccirco etiã verba ista ceu obscura vel ambigua contra renunciantem, in cujus favorem prolata sunt, interpretanda esse subjungit *per l. veteribus 39. ff. de pact.* Idq; ipsum *ibidem sub nu.* 16. reperit his verbis: *Sed quia ex verbis prolatis, & in ipsius favorem (ut apparet) positis nullo modo apparet clarè, quod renunciaverit hæreditati paterna & materna, sub conditione & modo, si vel quando contingeret omnes tres fratres decedere sine liberis. Igitur huiusmodi verba nõ clara sed ambigua & obscura intentionem eius non probant, sed contra eam potius interpretantur.*

Ecce Schurffius loquitur de eo casu, ubi nullo modo apparuit Dominam renũciasse hæreditati sub hac restrictione, *quamdiu masculi istius familia superstites fuerint*. At verò in præsenti casu ex formula renunciationis transmissæ liquidè constat, S. hæreditati sub restrictione modò dicta renunciasse, & hanc suam renunciationem valere voluisse tantisper, dum masculus ex familia F. oriũdus superstes esset: Hoc enim arguunt illa renũciationi inserta verba, So lang vnd einer deß
16 Namens von F. im leben ist. Quæ verba cùm
17 clara † sint, ulterius de iis dubitandum non est, *iuxta l. ille aut ille. 25. ff. de legat. 3.* Sed potius ipsa renunciatio ad personas expressas duntaxat restringenda *per ea quæ notant DD. communiter in l. si unus 27. § ante omnia ff. de pact. Portius cons. 126. num. 9. Et cons. 140. nu. 4. 6. & 65. Cravett. consil. 242 num. 6. & 7.* Idque etiam *in nostro consilio sub §. hac verba clara sunt, & §. sequ.* fusè nuper deduximus.

Et hanc ipsius Schurffii etiam mentem esse luculenter inde apparet, quod *in allegato loco* renunciantem ad successionem masculorum, in quorum favorem renunciarat, admitti non posse pronunciat, saltem ex ea ratione, quod hæreditati illa non renunciasset clarè sub conditione, & modo *si vel quando contingeret omnes tres fratres decedere sine liberis.* Ergo si clarè ita renunciasset, veluti in præsenti fecit S. utique ex sententia Schurffii ad successionem petitam admissa illa fuisset, argumento à contrario sensu ducto,
18 quod † in Jure validissimum est, adeò ut quod inde infertur pro expresso habeatur, *l. ex eo. 18. & ibi gl. in verb. colligitur ff. de testibus, l. 1. §. huius rei, ubi Bart. num. 16. & Dec. nu. 53. ff. de offic. ei. cui mand. est jurisd. gl. in c. humanum genus, distin. 1. Accurs. in l. qui testamento, 20. §. mulier. in verb. argumento est ff. qui testam. fac. poss. ubi dicit contrarium sensum legis pro lege accipi:* quod tum maximè obtinet, quando per argumentum huiusmodi ad consonantiã Juris communis (id quod in nostro fit casu) devenitur, *d. l. si unus §. pactus, ff. de pact.* atq; ita in terminis ferè consuluerunt Aretin. *cons. 143. col. 3. vers. Sed ad hoc respondetur.* Gozad. *cons. 37. num. 10.* Riminald. *cons. 223. num. 43. & seq.* Tib. Decian. *respons. 1. num. 114. volum. 2.*

19 Quod verò † idem ille Schurffius *in citato consilio 96. num. 18.* subiicit, fratri facultatem testandi de suis bonis ademptam non fuisse, quamvis expressum fecisset pactum etiam stipulatione vallatum, ut soror ipsi sine liberis decedenti succederet; propterea quod pactum ejusmodi de succedendo, tanquam contra bonos mores, & à Jure reprobatum, nullius sit momenti; Idipsum pro confirmatione primi istius fundamenti nihil facit quicquam. Nam si renunciationem, de qua in isto consilio agitur, candidè interpretari velimus, ut omninò interpretanda est, *per notata Baldi Salic. & Pauli de Castr. in leg. si quando 35. §. Et generaliter C. de inoffic. testam. Jas. in l. de bis 6. colum. 1. vers. iuxta hanc regulam ff. de transaction. ubi ad hoc allegat etiam §. Cæterum Novell. 115.* Certè ex præcedentibus & toto contextu apparebit, Schurffium loqui in iis terminis, ubi fœmina hæreditati renunciavit simpliciter, non addita hac expressa conditione, *Si sine liberis masculis frater decesserit*, quod tum hæreditatem de jure sibi debitam, nolit ad alios devolvi, verùm sibi suisque usquequaq; illam reservatam & salvam esse velit; hoc casu meritò à successione ista fœmina repellitur, si frater testatus obierit, aliumque hæredem scripserit: quoniam hæreditas ista, cui simpliciter ita renunciavit, postquam à fratre fuit adita, sic cũ patrimonio ipsius est unita, ut non amplius hæreditas, sed totum sit, & dicatur patrimonium fratris: usque adeò ut pro omni voluntatis suæ libitu de ista hæreditate non secus, ac suis ipsius bonis, in quibus jam antè plenũ dominium habebat, disponere possit, *§. 1. Instit. de hæred. qualit. & differ. §. 1. Instit. quibus ex caus. manum lic. vel non, leg. sed si plures 10. §. filio ff. de vulg. & pupillar. subst. l. 1. §. præterea ff. de separ. l. qui Titii testamentum 7. ff. de his quæ ut indign. aufer. leg. si avia vestra 19. C. de donation. cum similibus quas adducit idem Schurffius in dicto consilio 96. num. 17.*

Atque in iisdem non aliis terminis loquitur Robert. Maranta *in disputatione* 10. *numero* 15. *& 16.*

At verò S. renunciavit hæreditati iam tum sibi delatæ (siquidem ipsius pater Dominus G. testatoris avus, dudum diem suum obierat) & quidem non simpliciter renunciavit, sed limitatè sub hac expressa conditione, quod successionem hæreditatis jam delatæ reservatam sibi velit, si quando masculos de familia F. nullos superstites fore contingeret: cujusmodi reservatio inanis non est, verùm habet vim pacti conservandæ hæreditatis; quod † pactum validum 20
est de jure, & hujus effectus, ut removeat & tollat omne obstaculũ, quod aliàs vi renunciationis esse posset: Atque ita operatur hujusmodi pactum in præsenti, hoc, quod possit postmodum fœmina succedere in illa parte, in qua successisset stàtim, si non renunciasset, veluti tradunt Doctores *in l. prætor. 7. §. 1. ff. de damn. infect. gl. in leg. idem Pomponius 5. §. finali, ff. de rei vendicat. in l. 1. §. si quis argentum ff. deposit. Et in l. item Labeo 22. §. 1. ff. famil. ercisc*un. Bald. *in leg. terminato 3. C. de fructib. & lit. expens.* Idem docet Chassanæus *in rubric. 7. de success. §. 12. sup. verb. S'il ne lux est expressément reservé. versic. adverte quoniam si fiant, &c. in princip.*

Atq; hinc est, quod vulgò dici solet, naturam reservationis † esse, ut jus reservatum conservet, 21

non de novo tribuat, *c. indemnitatibus. in fin. extr. de electio. in 6. c. 1. §. cæterum. extr. de stat. regular. eod. lib. l. at si quis. §. plerique. ff. de religios. & sumpt. funer. l. 3. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. l. 3. §. penult. ff. de liber. homin. exhib. Doctor. communiter in l. si quis legaverit. ff. de legat. 1. Angel. in l. scripturas. C. qui potior. in pign. hab. Hippol. de Marsil. in l. qui ignorans. num. 3. ff. ad leg. Cornel. de fals. Oldrad. consil. 214. Alex. consil. 28. col. 2. lib. 1. Jas. consil. 166. col. 4. lib. 4. Cravett. consil. 70. num. 6. consil. 127. num. 7. & consil. 144. num. 15. Tib. Decian. respons. 10. num. 26. vol. 1. respons. 12. num. 26. & respons. 13. num. 81. vol. 2.* Idque maxime obtinebit in nostro casu, ubi portio ista hereditaria S. tempore renunciationis pleno jure quæsita fuerat; quod jus quæsitum ipsi præter intentionem ac voluntatem auferri neutiquam potest, per ea quæ præter alios notant Bald. *in l. si constante. 19. verb. exceptis. C. de donat. ant. nupt.* & Jas. *in l. ult. colum. 5. C. de pact.*

22 Sed nec † ex Bartholomæo Chassenæo primum illud fundamentum defendi potest; quia si *versic. ad hoc dico quod licet, &c.* quem scriptores consilii contrarii pro stabiliendo isto fundamento adducunt, cum duobus versiculis proxime præcedentibus, quibus cohæret, conjungatur (quemadmodum omnino conjungendus est, *argum. l. qui filiabus. 17. in princip. ubi Bart. ff. de legat. 1.*) luculenter apparebit, à dicto Chassenæo casum longe diversum proponi: Etenim quærit ille, an pater, qui filiæ dotatæ in contractu matrimonii per expressum reservavit, quod nihilominus cum aliis fratribus sibi defuncto succedere debeat, postea testamentum facere volens filiæ in illa parte servata præjudicare possit? Et respondet, socio quidem suo Philiberto visum fuisse, patrem, non obstante hac reservatione, libere testari potuisse etiam de parte filię reservata; quod in dubio præsumatur, reservationem facere ab
23 intestato, non autem ex testamento: ut † res potius valeat, quam pereat, *per l. quoties. 13. ff. de reb. dub. & l. stipulatio hoc modo. 61. ubi Doctor. ff. de verb. obligat.* Cæteroquin per reservationem istam patri facultatem testandi ademptum iri, id quod leges minime permittant, veluti præter alios notat etiam Jul. Clarus *in §. donatio. quæst. 19. num. 1.*

24 Verum † Chassenæus *in d. versic. ad hoc dico quod licet, &c.* contrarium decidit; nimirum patrem filiæ in parte reservata testando præjudicare non posse, nec tamen propterea ipsi facultatem testandi ademptam censeri, cum solum de parte filiæ reservata testari nequeat, de aliis possit, & pro confirmatione hujus suæ decisionis adducit, *d. l. si constante. verb. exceptis. ubi Bald. C. de donat. ant. nupt.* Franscisc. de Aret. *consil. 74. colum. 5. versic. pro ista conclusione.* Quin & procedere hoc addit in tantum, ut nec ingratitudinis prætextu reservatio hujusmodi revocari possit, *per notata ab Aret. in d. l. ult. C. de pact.* Hinc liquet, Chassenæum *in sæpius allegato versic. ad hoc dico quod licet, &c.* usque adeo non confirmare fundamentum primum, ut potius illud infirmet, & sic in consequentiam assertionem nostram corroboret. Nam si pater filiæ dotatæ in parte abs se reservata præjudicare nequit: multo minus Dominus G. de F. suæ amitæ S. præjudicare testando potuit in illa parte, quam S. ipsa sub conditione ac modo prædicto sibi reservavit: & quidem eo tempore, quo pars illa hereditaria omni jure ipsi debebatur, & sic jus quæsitum in illa habebat; siquidem omnes Jurisconsulti in eo consentiunt, quod † jus 25
tertio quæsitum, ne à principe quidem auferri possit, *c. quamvis. in fin. extr. de pact. in 6. c. non debet. extr. de regul. jur. eod. lib. c. quæ in Ecclesiarum. extr. de constitut. l. fin. C. si cont. jus vel utilit. public. Doctores communiter in l. ex hoc jure. ff. de justit. & jur. Bald. in l. 2. C. de servit. & aqua. Jas. in l. Gallus. §. & quid si tantum. colum. 20. versicul. istam limitationem. ff. de liber. & posthum.* Idque consulendo secuti sunt *Socin. consil. 164. colum. 6. versic. quintus casus. & consil. 266. colum. 16. & colum. 18. versic. confirmantur præmissa. volum. 2. Dec. consil. 286. colum. penult. Jas. consil. 1. num. 5. & 6. volum. 1. Gratus consil. 147. num. 11. lib. 2. Natta consil. 554. num. 17. lib. 3. Curt. sen. consil. 49. in fine.*

Neque existimandum est per hoc tolli liberam testandi facultatem; quamvis enim hoc casu G. de portione S. reservata testari non potuerit, obstante & jure S. quæsito, & pacto renunciationi ipsius apposito; potuit tamen de iis bonis, quæ ipsius fuere propria, libere testari; & sufficit habere facultatem testandi in genere, quoad substantiam voluntatis, licet ad certa bona, vel certas personas ea facultas non extendatur, *argumento l. cum ita legatum. 62. de condit. & demonstrat.* Unde † & Zasius *in d. l. stipulatio hoc modo. num. 20.* ait: in partem posse tolli testandi facultatem, in universum non posse: quod ipsum ibidem & sequenti *num. 34.* exemplis quibusdam illustrat. 26

Quin & pro tuenda reservatione S. apprime facit, quod idem ille Zasius *in d. l. stipulatio hoc modo. num. 18.* asserit, eum, qui sperat vel habet jus successionis, & timet, ne fraudetur isto jure in futurum, posse pacto sibi reservari jus successionis, sive habeat spem successionis ab intestato, sive ex testamento, *argumento § fin. Instit. de legit. agnat. success.*

Ex quo & hoc elucescit, Zasium falso in contrariam sententiam adduci: neque enim *in eadem illa l. stipulatio hoc modo. num. 10.* verbum habet ullum, quod primo isti fundamento ab adversa parte posito patrocinari possit, quam quod ista promissio, qua ligatur facultas testandi, sit turpis ex utraque parte, stipulantis scilicet & promittentis, quia sit contra bonos mores, *l. cum duobus. 52. §. idem respondit. ff. pro socio. cum similibus.*

Jam vero ex iis, quæ modo diximus, liquet, nos in ea sententia non esse quasi ultimæ hominum voluntates pactis constringi debeant: neque etiam Domini G. de F. judicium supremum hac S. reservatione ligatum fuit. Ut maxime enim de quota ista hereditaria, quam S. in renunciatione expresse sibi reservavit, in eum eventum, si masculi ex stirpe F. nulli superstites forent, testari ipsi non licuit, propterea quod restitutioni illa subjecta esset, & proinde ut aliena neque inter vivos, neque in ultima voluntate quoquo titulo alienari per gravatum posset: quemadmodum *in superiori nostro consilio, versic. primum igitur testamentum, &c.* & legibus, & Jurisconsultorum autoritate sufficienter demonstravimus; & deinceps

ceps quoque in decisione primæ quæstionis demonstrabimus: nihilominus tamen G. ille de suis bonis, quæ pleno jure à patre C. accepit, testari libere potuit, atq; eatenus etiam testamentum illud subsistit, *per ea quæ notant Doctores in Authent. ex causa. C. de liber. præterit.*

Unde perspicuum evadit, minus convenien-
27 ter huc detorqueri illud axioma, † quod habet, successionem ab intestato non admitti, quandiu locus est successioni ex testamẽto; quoniam procedit illud, quando testamentum rite & secundum leges est conditum, *in princ. Instit. de heredit. quæ ab intestat. defer. ibi, aut non jure fecit. l. si unus. 12. C. de testam.* Paria enim sunt aliquid non fieri, vel non rite fieri, *§. sciendum. Instit. de satisdat. l. quoties. 6. ff. qui satisdar. cog. l. 1. §. penult. ff. quor. bonor. l. scire oportet. §. sufficit. ff. de excusat. tutor. l. 4. §. condemnatum. ff. de re judicat. c. proposuisti. in verb. legitime. extr. de foro compet.*

Quocirca cum ex prædictis evidenter appareat, ejus renunciationis, quæ sub expressa aliqua conditione seu modo fit, hanc vim & efficaciam esse, ut nec is, in cujus favorem illa facta est, nec quisquam alius eludere istam, aut quid præjudicii fœminæ ita renuncianti adferre possit: consequens est, nec secundum adversæ partis fundamentum, quod indistinctè omnibus renunciationibus, sive simpliciter illę, sive sub quadam conditione seu modo fiant, eandem vim tribuit, de jure subsistere posse.

Neque etiam vulgata illa regula pro defensione secundi hujus fundamenti adducta, expressio-
28 nem scil. † ejus, quod tacite inest, nihil operari, tanti momenti est, ut tueri illud valeat. Præterquam enim, quod expressum alias majoris est efficaciæ, quam tacitum, *Bart. in l. fin. in princ. ff. de legat. 2. Bald. in l. humanum. colum. penult. versic. advertatis. C. de legib. Doctores communiter in l. cum prolatis. ff. de re judic. & in l. expressa. 195. ff. de regul. jur. Cravet. consil. 193. num. 5. Tiber. Decian. respons. 10. num. 18. volum. 3.* hoc quoque ex forma renunciationis liquet, S. de portione hereditaria jam tum ad se devoluta, sed in favorem masculorum stirpis F. renunciata, expresse disposuisse hoc, quod regressum ad illam habere velit, si quando masculus ex ista stirpe nullus extiterit.

Jam vero ex communi Doctorum sententia notum est, quod expressio eorum, quæ tacite insunt, si fiat per viam separatæ & principalis dispositionis, hoc operetur, ut valeat etiam in illis, in quibus tacitum alias valere non potuisset, usque adeo ut nullus casus excipiatur: ita pulchre declarat Aret. *in l. 3. colum. 4. versic. tu ergo dic verius. ff. de legat. 1.* quem sequitur Crotus *in l. qui Romæ. §. duo fratres. num. 34. versic. sæpius dubitavi de veritate illius dicti. ff. de verb. oblig.* idem voluit Bart. *in l. diem proferre. §. statim. ff. de recept. arbitr.* & Abb. *in c. cum dilecta. extr. de rescript.* atque ita consuluit etiam Cravetta *consil. 181. num. 9.* allegans Fulgos. *consil. 61.*

Tertium fundamentum, quo consilii istius contrarii scriptores nituntur, refert se ad communem observantiam, quasi renunciationibus nobilium personarum hujusmodi pacta reservativa de more inseri soleant, nec tamen propterea masculi de bonis istis renunciatis testari prohibeantur. Verum negamus tale pactum, de quo in proposita facti specie agitur, ex communi observantia & consuetudine solere renunciationibus adjici, & non obstante eo pacto, masculos de bonis renunciatis recte testari, neque ullum juris interpretem hujus observantiæ uspiam mentionem facere meminimus. Neque etiam ratio pacti hoc admittit, quippe † quod frustra 29
appositum videri non debet, *per l. si quando. ibi, frustra legaturus erat. ff. de legat. 1. l. insulam. ff. de præscript. verb. l. si stipulatus. ff. de action empt. c. si Papa. ext. de privileg. in 6. Dec. in c. pastoralis. num. 1. extr. de appellat. & in c. licet causam. num. 4. extr. de probat. Idem Dec. consil. 414. num. 2. & 6. Schurff. consil. 32. num. 11. & 12. cent. 1. Tiraquell. de retract. convent. §. 1. gloss. 2. num. 22. cum seq.* Quin † legem contractui dat 30
pactum, *c. contractus. de regul. jur. in 6 l. contractus. 23. ff. eod. l. 1. §. si conveniat. ff. deposit.* præsertim si in continenti (ut hic factum) appositum, ipsiq; contractus instrumento insertum fuerit, *l. jurisgentium. 7. §. quinimo. cum §. seq. ff. de pact. l. si non singuli. & l. cum tu. C. si cert. pet.*

Sic itaque statuendum est, ut maxime ex communi observantia masculi de bonis in sui favorem renunciatis disponere pro arbitrio possint, tamen hoc sic intelligendum esse; nisi aliter sit conventum, vel aliud (veluti in præsenti casu) actum appareat, *§. ac si ita. ubi gloss. Instit. de verb. obligat. l. si necessarias. §. in vendendo. ff. de pign. actio. l. stipulatio ista. 38. in princ. ubi Doctores ff. de verb. oblig. Late Tiraquell. in retract. convent. §. 1. gloss. 6. num. 2. cum seqq. Port. consil. 17. num. 23.*

Denique nec quartum fundamentum, quod sæpius dicti consilii contrarii scriptores adducunt, liberis Domini V. præjudicare quid potest; quoniam illud pactum, quo ipsius conjunx S. sibi successionem hereditatis jam delatæ reservatam voluit, si quando masculus familiæ F. nullus extiterit; hoc operatur, ut jam non ii, qui Domino G. istius familiæ ultimo, verum hi, qui S. gradu propiore juncti sunt, succedere in illa portionę hereditaria debeant. Siquidem G. respectu portio ista aliena censeri debet ob restitutionem, cui vigore sæpius memorati pacti subjecta est, argumento eorum, quæ notat Mynsinger. *in respons. 56. num. 6. decad. 6. & in respons. 97. num. 10. & seqq. decad. 10.* Ista autem portio S. quasi propria fuit, quia usumfructum saltem illius fratri C. per renunciationem detulit, & quidem tantisper, dum masculi ex ipso per lineam virilem descendentes superstites fuerint.

Cum itaque jam nullus amplius ex masculis in descendenti linea supersit, est quod usufructus cum proprietate consolidetur, & portio illa pleno jure devolvatur ad S. ejusve, si non extet, liberos: Hi quippe proximiores ipsi sunt, & horum amore potissimum sibi quotam hereditariam in renunciatione sua reservasse intelligitur, *argumento l. publicus. §. fin. ff. de condit. ac demonstrat. l. si viva matre. §. nam licet. C. de bon. matern. Bald. consil. 5. colum. ult. versic. sed certe. Alexand. consil. 204. num. 6. volum. 2. & consil. 4. num. 10. volum. 4.*

Neque hinc sequitur, quod privatorum conventione effici possit, ut is, qui semel heres factus est, post tempus heres esse desinat: quoniam S. renunciando non simpliciter paterna

hereditate se abdicavit, sed petitionem saltem illius favore agnationis suspendit ad tempus, in diem videlicet ultimi decedentis sine liberis masculis: interim tamen jus suum in habitu retinuit, veluti notat Mynsing. *in d. respons. 97. num. 13. decad.* 10. quod responsum iisdem fere loquitur terminis, atque ut pleraque alia, ita etiam ea, quæ sub finem consilii contrarii objecta sunt, de muliere exclusa, *donec & quousq; erunt masculi*, quod videlicet jus suum ad heredes non transmittat, si ante omnium masculorum obitum, & sic prius quam successionis casus contingat, illa moriatur: solide confutat, eoq; ipso satis ostendit, verissimam esse doctrinam Bartoli & aliorum, *in l. fin. ff. ad Senatusc. Tertullia.* dicentium, fœminam per verba *donec, quousq;, vel similia*, exclusam, deficientibus masculis ad successionem redintegrari, non secus, ac si renunciatio facta non esset.

Neque est, quod doctrinam hanc restringamus ad solius legis vel statuti dispositioné, quasi lex vel statutum duntaxat possit heredem ad certum tempus constituere & efficere, ut isto tempore elapso, heres esse desinat, quemadmodum autores consilii contrarii autumant; cum ratio
31 dari nequeat, cur dispositio † hominis idem illud operari non possit: quippe quæ favorabilior est dispositione legis vel statuti, *Menoch. consil. 16. num. 24.* ac proinde potius attendenda, *Alex. in l. qui liberis. §. hac verba. ff. de vulg. & pupill. substit. Port. consil. 8. num. 15.* maxime hoc nostro casu, ubi dispositioni legis illa non adversatur, sed belle cum ea congruit; quo casu fortissima censetur. *per notata gl. in c. verum. extr. de condit. appos. Alex. & Doctor. in l. filiusfam. §. Divi. ff. de legat. 1. Dec. consil. 403. nu. 12. in fin. & consil. 442. num. 25. Aret. consil. 22. Tiber. Decian. respons. 70. num. 23. vol. 3.*

Cum itaq; fundamenta contraria prorsus infirma sint, & tam textibus, quam rationibus juris, adeoq; Jurisconsultorũ autoritate hactenus sufficienter confutata: denuo concludimus, S. liberos prohiberi non posse, quo minus quotam hereditariam, cui mater saltem in casum existentiæ masculorũ familiæ F. renunciavit, testamento Domini G. masculi istius familiæ ultimi non obstante, de jure petant.

Cæterum ad pleniorem consilii nuper à nobis scripti & exhibiti declarationem de quatuor præterea in præsenti nobilis V. quæri ex nobis facit.

Primum, an Domini G. sæpius jam nominati testamentum circiter annum Christi 1586. conditum de jure subsistat?

Deinde, an liberi ex Domino T. testatoris patruo magno descendentes æque atq; ii, qui ex ipsius amitis C. & S. suum ortum duxerunt, hereditati F. se immiscere possint?

Quod si possint, pro qua parte tum singulis istis personis hereditas debeatur?

Et deniq;, qua actione, & coram quo judice quotam suam hereditariam memoratæ personæ petere commodissime queant?

Singularum harum quæstionum decisionem singulatim subjiciemus.

Et quidem, quid de prima quæstione sentiamus ex iis, quæ tum in confutatione primi fundamenti, *adversi superius positi versic. neq; existimandum est, &c.* tum in consilio nostro nuper transmisso, *versic. primum igitur testamentum, &c.* exposita & dicta sunt, abunde satis liquere arbitramur, in eadem illa sententia adhuc perstamus, nempe testamentum G. usquequaq; & in solidum non subsistere, sed pro ea solummodo parte valere, quæ ipsius patri C. pleno jure non renunciationis beneficio competiit: atque inde ad ipsum testatorem devoluta fuit. De reliquis namq; partibus, quæ tam liberis ex Dn. T. prognatis, quam sororibus ipsius C. nisi his renunciassent, hereditario jure obvenissent, testari ille nec debuit, nec potuit; quoniam non simpliciter bonis istis hereditariis renunciarunt, sed sub expressa hac cõditione, si masculi ex prosapia F. supersint, &c. Unde cum masculos iste G. ex se procreatos nullos haberet, intellexit, vel quod perinde est, intelligere debuit, post suam mortẽ singulis suam quotam hereditariam restituendam esse: siquidem † conditione, sub qua renunciatio facta est, 32
deficiente, renunciatio ipsa deficier, oportet, *c. cæterum. c. super literis. & c. ad audientiam. 2. extr. de rescript. l. proinde. & l. pecuniam. ff. si cert. pet. l. hæc venditio. in princ. ff. de contrah. empt. l. qui heredi. §. fin. l. quibus diebus. & l. in testamento ff. de cond. & dem. & in l. 2. n. 22. C. si cont. jus vel util. pub. Ruin. cons. 126. n. 7. vol. 2. Paris. cons. 31. n. 17. vol. 4. Rol. à Valle cons. 2. n. 23. vol. 3.* Nam † conditio & causa in idem recidunt, *Bal. in auth. matri & aviæ. C. quand. mul. tut. offi. fung. Tiraq. in tract. cessante causa. part. 1. limit. 1. n. 5. 6. 60. & 61. idem Tiraq. de retract. prox. §. 1. glos. 21. nu. 12. & seq.* 33
Paria † autem sunt non esse causam, & eam esse 34
finitam, *l. 1. ff. de cond. sin. caus. l. nihil interest. ff. de naut. fœn. cum similib.*

Ex quo efficitur, quod paria quoq; sint, nihil fieri, aut fieri sub conditione, quæ non purificetur, *Ripa lib. 1. responsor. c. 1. n. 23. Cephal. cons. 56. n. 12. vol. 1. Curt. jun. cons. 92. nu. 6.* Hinc est, quod vulgo dici solet, conditionem, † antequam impleatur, 35
nihil in esse ponere, *Alex. consil. 24. n. 7. vol. 3. per l. si quis sub conditione dandorũ. ff. si quis omiss. caus. testam. & l. filiusfamil. §. cum quis. ff. de legat. 1. Guid. Pap. decis. 599. Paris. cons. 47. n. 11. vol. 1. & cons. 19. n. 45. 46. & 66. vol. 2. Tiraq. de retract. prox. §. 1. gl. 2. nu. 22.*

Quapropter cum sciverit testator Dn. G. in isto masculorum stirpis F. defectu bona hereditaria, quibus renunciationis beneficio potitus fuerat, post suam mortem restituenda esse personis his, quæ sub prædicta conditione iis renunciarant: utique intellexit, vel (quod *argum. l. quod te. 5. ff. si cert. petat. & l. quisquis. 15. ubi gloss. in verb. debuerat. C. de resc. vend.* idem est) intelligere debuit, sibi de iis testamentum facere minime licere: quod † testamentum fiat de rebus propriis, 36
per ea, quæ refert Schurff. *in consil. 85. num. 7. cent. 1.* res † vero restitutioni subjectæ propriæ non 37
sint, sed alienæ, prout tradit Mynsing. *in d. respons. 56. num. 6. decad. 6.*

Quin generaliter prohibitum est, ut † ne ullo 38
modo res restitutioni subjecta alienetur, *l. fin. §. nemo itaq;, juncta auth. res quæ. C. commun. de legat. c. Raynutius. 16. ubi Ant. de Butr. n. 47. ext. de testam. Jas. in l. cum proponas. 16. n. 10. C. de pact. Cacher. decis. Ped. 85. n. 18. Everhard. cons. 153. n. 4. & novissime And. Gayl. pract. obser. lib. 2. obser. 137. nu. 1.* usque adeo ut † ne 39
præscri-

præscribi quidem huiusmodi res possit si alienetur, *d.l.fin.§.pen.l.ubi 24.ff.de usucap. Angel.in l.1.C. de præscript.long.tempor.*

Consequenter iam quæritur, cui cedere debeat ea bonorum quota, de qua testari Dn. G. nō licuit? Anne liberi ex Dn.T.descendentes, participes istius quotæ fieri possint?

Sanè videri poterat nihil omninò illis de quota ista deberi. Primum, quod à Domino G.defūctò, longè sunt remotiores, quàm liberi ex S.prognati. Etenim D.& H prædicti domini T.pronepotes ex filiabus A.& U septimo gradu à defuncto distant, cum eidem W. eiusq; frater O. Domini G. eius nominis primi ex filia S. nepotes in quarto gradu iuncti sint. Jam verò juris est no-
40 tissimi, quod in † successione cæteris præferatur is, qui defuncto in gradu est proximior, *§ intestatorum.inst.de hered.quæ ab intest.defer. §.1.& §.si plures.instit.de legit.agn.success. l.Jurisconsultus,ff.de gradib.l.2.§.hereditas.ff.de suis & legit. l.1 §.si quis proximior.ff.und.cog.§ si verò neq; fratres.auth.de hered.ab intest.venien.* Fieret enim confusio juris & intellectus, si omnes descendentes ex una stirpe, ac existentes in remotioribus gradibus, & diversis succederent simul cum proximioribus, *Socin.Junior cons.135 num.2.vol.1.Natta cons.682.num.19.* Unde & Baldus *in l.venia.circa finem.C.de in jus vocand.* ait non debere concedi remotiori, quod proximiori: idem dicit *in l.si verò.§.de viro ff.solut.matr. & in l.quod verò in princ.ff.de LL* & notat hoc etiam Bart.*in l.2.§ fin ff.ad Senatusc.Tertull & in l.libero-*
41 *rum.ff.de verbor.significat.* Cum † proximior in gradu magis dilectus præsumatur, *l.Publicus.§.fin. ff.de condit.& demonstr.& l.si viva matre.§.nam licet. C.de bon.mater.Tib.Decian.resp.1.nu.362.vol.1.*

Deinde & ex hac ratione prædictis D.& H. successio deneganda videtur, quod Dn. T. ipsorum proavo materno, hereditas paterna necdum delata fuit: citius namq; patre suo ille obiit: unde nec transmittere hereditatem illam ad suos descendentes potuit, ex vulgata illa regula: Quod
42 hereditas † non adita ad successores non transmittatur, *l.1.§.cum igitur.C.de jur.deliber.* Secus est in prædictis nobilibus de V. quippe quorū matri S.hereditas paterna ante renunciationem obvenit, ut sic iure illam ad suos transmittere potuerit, *per l.ventre ubi Dd.ff.de acquiren.hered.*

Denique prædicti D.& H. ad petitam hereditatem nec eam ob causam admittendi videntur, quod utriusque & D.& H.avia huiusmodi succedendi jus per præscriptionem amisisse videtur. Nam ex literis transmissis haud obscurè intelleximus, nobilem de V.in ea esse opinione, quasi A quæ D.avia fuit, tanta cautione non renunciarit, quanta sæpius memoratam S, renunciasse constet: siquidem jus ad renunciatam successionem redintegrandi reservarit, saltem in casum sui fratris, quem tum habuerit unicum T.videlicet juniorem, qui similiter circiter annum Christi 1524. & sic tredecim annis postquam hæc renūciatio facta est, sine liberis decessisset: Quod sanè, si ita se habet, nimis serò iam renunciatæ hereditati D.se immiscere nititur, cum A.ipsius aviam decuisset statim à morte sui fratris illam petere: ex hoc fundamento, quod renunciationis
43 natura ea est, ut † ultra personas expressas & casus specificatos non extendatur, nec quoad alios præiudicet, si cum uno facta est, *Panormit.in c.2.in 2.notab.ext.de renunc.quem textum ad hoc dicit singularem.Georg.Natta in c.quamvis.colum.4.vers.3.ext. de pact.in 6.Dec.cons.495.num.20.Ceph cons.25.nu. 47.Bursat.consil.32.num.48.lib.primo.Tib.Decian. respon.3.num.125.respon.21.num 73.respon.33 nu 46. vol.1.resp.39 num.106.vol.2.& resp.7.nu.75.vol.3.*

At cum per annos sexaginta aut eo amplius petitionem istam distulerit, atque ita jus sibi competens neglexerit, præscriptione illud iam pridem sibi ablatum esse facilè intelligit. Explorati quippe juris est, quod † spatio 30 annorum 44
præscribatur omnibus actionibus, ita ut exceptione elidantur: *l.3.l.4.l.cum notissimi.7 l.pen.leg. ult.& passim C.de præscript.30 vel 40 annor.auth.quas actiones, ubi Jas.& Dd.C.de sacrosan.eccles. c.si diligenti & c.illud.ext.de præscript.Dd.in c.de quarto.ext.eod. Alex.cons.90.colum.3.lib.2.* Et in specie, quod † juri 45
adeundi hereditatem, & se immiscendi præscribatur spatio triginta annorum tenet gl. *in l.licet.8 ad verb.longi.C.de jur.deliber.* facit tex.qui in terminis loquitur *in l.hereditatis cum ibi notatis.C.de petit. hered.l.4.*ubi Pau.de Castr.C.*in quib.caus.long.temp. præscr.cessat.* Idque consulendo secuti sunt Bald. *cons.12 col.2.ver.ultimò sciendum.vol.1* Pau.de Castr. *cons.279 in pr.& cons.310.col.2.vers.quantū ad tertiū. vol.1.item cons.120.n.1.vol.2.* Soci.*1.cons.63.col.3.ver. Sed his & aliis & cons.81.in fin.vol.1.*Jas.*cons.19.col.2. ver.maius dubiū.vol.2.*Rol.à Vall.*cons.21.n.56.vol.1.* Tib.Decian.*resp.3.nu.126.vol.2.* ubi omnes ita tenere scribit.

Sed & H eadem illa præscriptio obiici posse videtur. Nam eo ipso, quod U. eius avia pecuniā in vicem dotis sibi designatā, per annos sexaginta sine ulla protestatione accepit, hereditatem sibi competentem non conservatam voluisse, sed neglexisse, atque in sola dote acquievisse censetur. Quandoquidem † protestationes ad hoc potissi- 46
mùm inductæ sunt, ut jus cuiq; cōpetens, acquirant vel conservent *Dd.commun.in l.si duo.§.inquilinus.ff.uti possid.Bart.in l.non solum.§.morte.ff.de nou.oper.nunciat.*

Sic eidem obesse videtur renunciatio, quam licet prædicta eius avia non fecit, facere tamen illam omninò debuit, & quidē eo modo, quo tempore contractus matrimonii promiserat: Siquidē is, qui † promittit quid facere, ad hoc factū tene- 47
tur, ait Bal.*in c.un.§.ad hac.vers.quod si quis.Hic finit. lex.Feder.* Quin imò & Pontifex & Imp.Romanus quamvis infinitis aliis immunitatibus uterq; gaudeat; tamen promissiones servare tenetur, *per c.1. ext.de probat.Jas.in l.1.ff.de pact.Dec.cons.2.n.3.*

Verum enimvero prædictis non obstantib. & D.& H.bonis istis, de quib.Dn.G.testari non licuit, jure se immiscere nūc posse statuimus. Nam si renunciationē, quam utriusq; avia & A fecit, & U.facere voluit, penitius introspexerimus, videbimus utramque in effectu ita comparatam esse, sicut renunciatio S.matris liberorum de U.comparata fuit.

Ut maximè enim pacto dotali cōtinetur, quod non paternæ solum, sed maternæ etiam, atq; fraternæ hereditati, adeoque ei, quam patruus A. aliquando relicturus esset, renunciare debeant; hæc tamen subdita est cautela, quod tantisper

valere debeat illa renunciatio, dum masculus ex
familia F. superstes fuerit: Cæteroquin deficien-
te masculo, legitimam hereditatis portionem il-
lis prorsus salvam fore: quemadmodum ex his
pacto dotali, quod inter D. & prædictam A. anno
1509. initum est, insertis verbis luculenter appa-
ret, beschehe aber/daß ihr Gebrüder und Vettern
ohn eheliche Leibs Erben Manns Namen vnd
Stammens mit Todt abgiengen / davor sie Gott
lang bewahren wölle/ oder daß an Frawen V. ihr
Mutter in zeit jhres Lebens/oder nach jhrem Todt
an jhre Kinder/ etwas erblichs zufiele / an demsel-
ben soll alßdann derselben A. jhr billicher Anfall
vnd Erbgerechtigkeit hierinn vorbehalten vnd vn-
verdüngt seyn. Atque hoc non alio modo sæpius
nominata A. biennio pòst solenniter renuncia-
uit. Similis planè cautela apposita est pacto dota-
li, quod in anno 1514 inter T. & U. est initum:
Eodemque etiam non alio modo illa ipsa U. bo-
nis renunciare voluit, quemadmodum videre est
ex formula renunciationis, quam postea anno
1539 G. huius nominis ultimo obtulit. Itaque
omninò necesse est, ut limitatam hanc renuncia-
tionem non extendamus, sed ad personas expres-
48 sas saltem restringamus: maximè quod † omnis
huiusmodi renunciatio censetur esse stricti juris,
& odium quoddam præ se ferre, veluti inter a-
lios notat And. Geil. *pract. observ. lib. 2. obseru. 77. n. 5*
49 Quæ causa etiam est, quod † Doctores in du-
bio contra renunciationem pronunciari volunt,
prout notat Tiber. Decian. *in resp. 53. num. 23 vol. 1.*
Atque huc relata volumus ea omnia, quæ in su-
periori nostro consilio pro defensione primæ
quæstionis fusè deduximus, cum ad huius deci-
sionis intellectum pleniorem faciant plurimùm.

Neque adversantur huic nostræ decisioni ea,
quæ paulò antè in contrarium adduximus.

50 Primùm enim regula illa, qua † dicitur in suc-
cessionibus præferri eum, qui defuncto in gradu
sit proximior, locum saltem habet in successione
transversalium, in qua semper proximior admit-
titur, excepto unico illo casu, quo de successione
patrui vel avunculi agitur, ubi ex constitutione
Justinianea, filius jure repræsentationis cum su-
perstite patruo vel avunculo admittitur, *§ reli-
quum. auth. de hered. ab intest. venien. idq; notant Dec. in
l. 2. n. 6. C. de success. edict. Bero cons. 144. n. 11. vol. 2. Soc.
Jun. cons. 149. n. 3. vol. 2. & Paris. cons. 39 n. 12. vol. 2.*

At in præsenti de successione collateralis non
agitur, verùm de successione ascendentis, ipsius
nimirum U. de F. A. U. & S. quarum principali-
ter hic fit mentio, avi paterni: in cuius hereditate
cum fœminæ modo nominatæ, suam sibi quotã,
vigore pacti renunciationi inserti exprese reser-
varunt, in eum casum, si quando masculi istius fa-
miliæ nulli superessent, qui casus, ut sæpius di-
ctum, jam evenit: non est, quod liberi istarum
fœminarum, ullam ab avitis eiusmodi bonis ex-
51 clusionem metuant. Nam in † successione as-
cendentium, hoc antiquitus observatum fuit, ut
filius personam patris repræsentaret, ac proinde
ad hereditatem avi vel proavi nepos vel prone-
pos, æqualiter cum patruis admitteretur, *§. cum
filius. instit. de hered. quæ ab intest. defer. §. si quis igitur.
auth. eod. l. ult. ubi Corn. nu. 4. & 5. item Jas. n. 26. C. de
verb. signif. Dec. cons. 158. in fin. & cons. 299. n. 7. Bero.
cons. 149. n. 11. & seq. vol. 2.*

Quod jus præterquã quod lege XII. tabular.
fuit inductum, ut ait *text. in l. 3. C. de suis & legit. &
l. posthumorum in princ. ff. de iniust. rupt. testam.* Etiam
jure † divino obtinuit, veluti constat ex *Genes. c. 11* 52
ubi Abrahamus Lothum suum ex fratre nepo-
tem ad successionem patris admisit. Atque hæc
usq; adeò vera sunt, ut † etiam in feudo, cuius ta- 53
men natura hæc est, ut ad proximiores devolva-
tur, *c. un. in fin. de natur. success. feud.* filius personã
patris repræsentet, veluti tradit *gl. in d. cap. un. ad
verb. Solus.* Alvar. *in c. un. in princ. de success. feud.* ubi
hoc apud omnes indubitatum esse dicit, Alber.
in auth. cessante. C. de legit. hered. Fulgos. *in auth. post
patres. C. eod.* Anton. de Butr. *cons. 47.* Corn. *cons. 24
col. fin. ver. sed dubitatur, & cons. 131. per tot. vol. 2.* Dec.
cons. 443. n. 7. Sed & in † statuto hoc procedit, ut 54
si proximiores in gradu ad successionem illud
vocet, & de successione ascendentium agatur, fi-
lius locum patris intret, & simul cum patruis
succedat, Dec. *in l 1. colum. 6. in 14. notab. C. de secun.
nupt. atq; ita consuluit etiam, consil. 484. colum. 2.
versic. & ex hoc colligitur: idem statuit Alex. in cons.
88. volum. 1.* quantumvis † aliàs strictè & propriè 55
verba statuti intelligenda sint, *l. 1. §. si is qui navem,
cum ibi not. ff. de exerc. action. l. quod constitutum, ff. de
testam. milit. l. constitutionibus. ff. ad municip. l. 3. §. hæc
verba. ff. de negot. gest.* Quod cautum etiam est, li-
cet filius vivente patre moriatur. Nam † & tunc 56
nepos vel pronepos in eius locum succedit, ita
ut jura suitatis nanciscatur, non secus ac si ipse
primi gradus semper fuisset, *argumento l. sed etsi
conditioni §. nepotes. ff. de hered. instit.* Quæ causa est,
quod nepos præteritus æquè rumpat testamentũ
atq; rupisset pater si vixisset, *d. l. posthumorum. ff. de
iniust. rupt. testam. l si avus. ubi Bart. C. de liber præter.
§ posthumorum, instit. de exher. liber.*

Neq; hoc repræsentationis jus locum saltem
habet in nepotibus & pronepotibus, quemad-
modũ Bart. *in l. 1. § si quis. ff. de suis & legit.* & quidã
alii *in auth. cessante. C. de legit. hæred.* arbitrantur, sed
omnib. omninò descendentibus illud competit,
ex ea præsertim ratione, quod Justinianus gene-
raliter & indistinctè de omnib. descendentibus
in infinitũ loquitur *in §. 1. ver. sic tamen. auth. de he-
red. ab intest. venien.* & ita declarat etiã Cyn. *in tract.
de success. ab intest in prin. n. 2.* ubi dicit, descendẽtes
in infinitũ, vocari in locum parentũ: quod ipsum
quoq; sentit Tib. Dec. *in resp. 9. n. 4. vol. 2.* & Forster.
*in comment. de success. ab intest. in 6. casu illius quæst. ubi
jus repræsentationis locum non habeat?*

Quod deinde objectum est, † hereditatem nõ 57
aditam non transmitti, eodem planè modo di-
luitur; nempe intelligendum hoc esse de trans-
versalibus & extraneis, qui hereditatem non adi-
tam, ad descendentes transmittere nequeant: se-
cus verò esse in liberis, qui soli hereditatem etiã
non aditam, ad descendentes suos transmittant,
*per l. 1. §. in novissimo ibi exceptis videlic. liberorum per-
sonis. C. de cad. toll.* idque ex præsumpto parentum
voto, quo bona sua ad omnes posteros transire
voluerint, *leg. 1. C. de his qui ant. apert. tab. l. 1. C. de
condit. insert. Corn. cons. 230. num. 6. circa fin. vers. nec
refragatur. Tib. Decian. resp. 1. nu. 119. & resp. 46. n. 148
volum. 2.*

Quin & ex hac ratione nominatas mulieres
hereditatem paternam quamvis necdum aditam
ad suos

ad suos liberos transmisisse constat, quod ab illa non omnino per renunciationem fuerunt exclusæ, sed tantùm petitio dilata fuit in tempus, quo nimirum ultimus fratrum vel agnatorum decederet sine liberis masculis, *argumento eorum quæ tradit Oldrad. in consil. 108. col. 2 in fin. q. 3. quem sequitur Cravetta cons. 127. nu. 10.*

Porrò quod ad renunciationem A. attinet, neutiquam illa in casum fratrum duntaxat concepta est, siquidem pactum dotale secundum cuius formam, ut paulò ante demonstratum est, A. præcisè renunciavit tam agnatos, quam fratres comprehendit, ibi, daß jhr Gebrüder vnd Vettern ohn eheliche Leibs erben / ꝛc. Nequaquam igitur Jus in hæreditate avita sibi competens præscriptione labi fecit, cùm masculus è virili linea descendens, cuius perinde ut fratrum contemplatione renunciasse illam pater, in annum 86 extiterit: Unde citius illa portionem hæreditariam reservatam sibi sub hac conditione, si masculi defecerint, petere non potuit, *argu. l. cedere diem ff de verb signific. cum similib.*

58 Jam verò iuris est non obscuri, quod † præscriptio non currat ei, qui agere non valet, *l. 1. in fin. C de annal. except.* Quoniam impedito impedimento iuris, non currit præscriptio ipso iure, *Bart. in l. 1. § si quis autem. ff. de itin. act. privat.* quod dictum tenendum cordi dicit Cror. *in leg. si is qui pro emptore, num. 57 ff. de usucap.* quia in practica ita observatur, *Felynus in c. transmissæ, col. 1. ext. de præscript. Dec. in c. cum inter col. 7. vers. & pro ista. extr. de except. Cuman. consil. 92. col. 1. Socin. Jun. cons. 17 per tot. vol. 2. Rol. à Vall. cons. 68. num. 26. & seq. vol. 3.* ubi hoc extendit etiam ad eum qui impeditur agere impedimento facti, puta ignorantiæ, vel alterius impedimenti, quia in integrum restitui debet, *l. Attilianus ait, ff. de servit. rust. prædior.*

59 Atq; hinc est, quod † aiunt Doctores, præscriptionem inventam esse ad perimendas actiones iam ortas, non autem oriundas, *Bart. in l. cum notissimi, § sed cum illud. C de præscript 30 vel 40 annor. & in l pignori. ff. de usucap. Corn in l. licet. vers. & hæc est ratio antiquor. C. de iur. delib. Tib. Decian. resp. 108 num. 22. vol 3.*

Cum ergo A. ipsa ad hæreditatem controversam admittenda sit, frustra quæritur de eo, cui, an G possessori, an verò sorori U. eius quota accreverit? Quod si tamen omnino hæc quoque quæstio enucleanda est, respondemus quotã A, si simpliciter illa renunciasset, & exclusa esset, accrevisse eius patruo Domino G, quippe cuius contemplatione ac favore renunciationem fecisset.

60 Jure namque cautum est, ut † commodum, à quo excluditur quispiam certæ cuiusdam personæ contemplatione, applicetur ei, cuius contemplatione ille exclusus est, *l. post legatum, §. amittere. ff. de iis, quæ ut indign. l. 2. §. si duo, ff. de collat. bon l. pen. C. de legat. leg. si defunctus 9. ubi Corn. C. de suis & legit. Bartol in l. uxorem, §. heres ff. de legat. 3. Bald. in l. un. C. de ind. vid. toll. Angel. in lege Papinianus. § quoniam autem vers. quid si filia dotata, ff. de inoffi. testam. Roman. in l. un. num 63 vers. secundo, quia quando aliquis. C. quand. non pet. part. pet. autres. & in l. si cum dotem. num. 43 ff. solut. matrim. Dec. in l. illam, nu. 30. C. de collat. Jas. in l. quæ legato. §. si testator. ff. de legat. 1.* Et pro hac sententia consuluerunt etiam Roman. *consil. 32. num. 8. & cons. 129. col. 1. versic. tertia ratio.* Curt. Sen. *cons. 42. num 11.* Dec. *cons. 584. nu. 4. & cons. 638. num. 5.* Socin. Jun. *cons. 158 nu. 159. & cons. 638. nu. 159 & cons. 174 nu. 5. vol. 2.* Alciat. *cons. 479. nu. 11.* Curt. Jun. *cons. 87. nu. 4. & cons. 93. n. 7.* ubi attestatur, hanc esse communem doctrinã, cuius rationem plerique hanc assignant, quod inducta ad unum finem non debeant aliud operari, *l. legata inutiliter ff. de adim. legat. cũ concord.*

Denique nec VV. intentio præscriptione submoveri potest: quoniam ipsius avia U. nullam omninò renunciationem fecit: propterea quod testator dn. G in ea forma, sub qua renunciare voluit, acquiescere noluit, quod ipsum circiter annum 40, magnæ controversiæ occasionem præbuit, quę demum quoad possessorium (nam de petitorio, quod simul ex parte d. Dn. G intentatum fuit, in hunc usque diem pronunciatum non est) in Camera Imperiali anno 76 sententia pro U hac lata, decisa fuit.

Itaque non videmus, quomodo huius U nepoti H præscriptionis exceptio opponi possit, cùm ex eo, quod U successionem sibi sub conditione memorata reservatam voluit, scire potuerit testator Dn. G, eveniente tali conditione U, ad avita bona regressum habituram esse. Cuiusmodi iuris alieni scientia constituit quempiam in mala fide, *Bart. in l. Celsus, nu. 18. ff. de usucap. Cepoll. de servit. urban. præd. cap. 20. n. 2. Alex. cons. 187 n. 8. vol. 2. Tib. Decian. resp. 10. nu. 69. vol. 1.*

At verò † præscriptio cum mala fide nunquã procedit, *l. si aliena 10. l. Celsus 27. ff. de usucap. l. 6 C. de præscript. long. temp. cum simil.* etiamsi id lege vel statuto caveatur, *gl. Abb. Felin. & Dd. communiter in c. vigilanti. 5. & c. fin. ext. de præscrip. Gabriel. de præscript. concl. 3. in prin. ubi hoc de magis communi esse ait. Balb. in tract. de præscrip. 2. par. 5. partis, q. 14. Menoch. de arbitr. iud. lib. 1. q. 49. n. 10. Mascard. in conclus. 7. n. 6. vol. 1. Rol. à Vall. cons. 6. n. 42. & seq. vol 3.* 61

Non est ergo quod præscriptio hic attendatur ulla, cum non modo nulla adversus dictam personam currere cœperit, deficiente nimirũ bona fide ad illam inducendam necessariò requisita: sed † etiamsi quæ currere cœpisset, per litem illã, 62 quæ Spiræ in camera fuit agitata, interrupta fuisset, *argum. eorum quæ notat Panorm. in c. illud. col. 2. ext. de præscript. per c. placuit. §. potest 16 q 3. & per l. si quis emptionis. § 1. C. de præscript. 30 vel 40 annorum, latè Paris. consil. 27. nu. 89 cum seq & cons. 104. n. 129 vol. 1 Rol. à Vall. cons. 89 nu. 30. & seqq. vol. 2.*

Neque ad rem facit quicquam, quod prædicta U pecuniam dotalem per annos sexaginta, sine ulla protestatione accepit. Præterquam enim quod † ex huiusmodi acceptione hereditatis repudiatio non inducitur, *per ea quæ latè deducit Mascard. in conclusion. 853. & sequ. volum. 1.* Hoc 63 quoque ex præmissis liquet, U satis consultum fuisse per limitationem pacto dotali insertam, & sub qua etiam postmodum, ut dictum, renunciare voluit.

Et verò expeditum est, quod † protestatio necessaria non sit, si quis alio modo, quàm per protestationem consulere sibi queat, *Abb. in c. plerunq. ext. de rescript. & in d. c. ex transmissa. ext. de præscript. Alex. in l. qui in aliena. §. 1. colum. 3. ff. de acquiren. hæredit.* 64

dit. idem cons. 164 num. 7. volum. 2. Pau. de Castr. cons. 21. col. 6.

N. que obesse potest H. quod V. ipsius avia renunciationem in contractu matrimonii promissam non fecit: quoniam deprehendimus non fuisse illam ab eo tempore hujus renunciationis nomine interpellatam à quoquam.

65 Jam verò notum est, quod is, qui † promittit quid facere, non incurrat moram, si interpellatus non fuerit: cum in obligatione facti requiratur interpellatio *l. si insulam, & l. ita stipulatus. ff. de verbor. obligat. gl. in l. mora, ff. de usur. Bald. in l. acceptam, col. 3. in 6. oppos. C. de usur. Jason in d. l. quod te. col. 8. vers. quid tenendum, ff. si cert. pet. Socin. cons. 109. col. 3. ad fin. vers. confirmatur hac pars lib. 1. Cravett. consil. 89. num. 5 Dec. cons. 145. colum. 2. vers. ad hoc bene facit. Roland. à Vall. cons. 6. num. 47. vol. 1. Bursat. cons. 184. n. 67. lib. 2. Tib. Dec. resp. 11. n. 9. & 15. vol. 2.*

Atque ut maximè (ita posito) de renunciatione solenniter facienda interpellata fuisset: nihil tamen imputari hoc casu ipsi posset, quoniã ex formula renunciationis, quam anno 1539. Dn. G. juniori ultrò non requisita offerri curavit, videtur esse, quod ab iis, de quibus in contractu matrimonii conventum fuerat, omninò non recesserit, sed ex sua parte illis satisfacere, ac sub eadem conditione pacto dotali comprehensa renunciare voluerit, quo casu promittentem immunem esse docet Alciat *in cons. 760. in princ.*

Cum itaq; manifestum jam sit ac perspicuum, prædictos ex Dn. T. descendentes liberos ab hæreditate F. excludi non posse; consequens nunc est, ut videamus, pro qua parte illa ipsa hæreditas singulis competat? id quod tertio loco ex nobis quæsitum est.

Sanè cùm d. Dn. T. posteaquam pater ipsius V. & frater A. ab intestato decessérunt, cum fratre Dn. G. superstite, si rum vixisset, extra omne dubium æqualiter successisset, ita ut dimidia hereditatis pars G. & altera ipsi T. cessisset: Et verò prædictæ A. & V. patrem suum T. repræsentent, adeoq; in eodem gradu, cujus ille fuit, constitutæ censeantur per Jura superius allegata: facile est colligere, totius hæreditatis partem dimidiam A. & V. deberi; alteram verò partem dimidiam, quæ Dn. G. competiit inter ipsius liberos C. A. C. & S. ex æquo distribuendam esse.

Quod si itaq; tota hæreditas centum aureorũ millibus valuisset, semissis hoc est quinquaginta aureorum millia, D. & H. ex æquo cederent, quod ipsorum aviis A, atq; si adhuc superessent tanta portio deberetur: reliqua quinquaginta liberi ex C. A. C. & S. descendentes, similiter ex æquo inter sese dividerent. Indeque nobiles de V. ex S. oriundi duodecim aureorum millia cum quingentis caperent, & tantundem L. dictæ C. neptis. Eadem quoque summa Dominis de M. ex A. prognatis numeranda esset, dummodo utriusque & A. hujus & C. renunciatio non obstiterit: liberis Dn. C. similiter duodecim aureorum millia cum quingentis deberentur. G. igitur C. hujus filius aureorum millia sex cum ducentis & quinquaginta inde caperet: Et æquè tantum caperet ejus soror C. si modò perinde ut S. & Dn. T. filiæ renunciavit. Sed quia G. testamentum condidit, in eoq; & M. suam ex sorore neptem, & VV. hæredes instituit: dictæ M. vigore istius testamenti, ad istos sex mille ducentos & quinquaginta aureos, qui ipsius matri C. pro sua quota competerent, ut modò dictum, accedent aurei 3125: totidem aureos quoque accipiet hæres VV: Pro hac enim & non ampliore summa testamentum illud valere, ex his quæ supra in resolutione primæ quæstionis sunt proposita, satis liquere putamus.

De quarta & postrema quæstione, qua nimirũ actione, & coram quo judice quota ista hæreditaria peti debeat, jam ante in superiori nostro consilio sub capite tertiæ quæstionis, sententiam nostram, in qua etiamnũ subsistimus, satis abunde exposuimus. Itaque denuò ad illam in præsenti respondere, supervacaneum esse censemus: præsertim cum † aliàs jura superfluam atque otiosam ejusmodi repetitionem aversentur, *prout notatur in l. si quando in princip. ff. de legat. 1. & in c. si Papa. ext. de privil. in 6 gl. in c. 1. in verb. & filio. ext. de summ. trinit. & fide Cath. gl. in c. licet comon. ubi etiam Dd. ext. de elect. Ruin. cons. 59. nu. 17. volum. 3. Tib. Dec. resp. 30. num. 27. volum. 3.* 66

Consignatum mense Augusto, Anno 1590.

Consilium XXII.

Quod est

HERMANNI VULTEJI
Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Divisio est facti.*
2 *Facta non præsumuntur.*
3 *Divisionem esse factam non præsumitur.*
4 *Probari debet, quod dicitur, si negetur.*
5 *Actoris intentione fundata, reus exceptionem suam probare debet, si volet obtinere.*
6 *Divisionem factam esse, præsumptionibus probari potest, itemq; num. 7. & 42.*
8 *Negligentia non præsumitur.*
9 *Factum præsumitur, quod de iure faciendum est.*
10 *Consueta fieri in dubio facta præsumuntur, & n. 45*
11 *Factum præsumitur, cum præsumendi causa subest.*
12 *Præscriptione 30. vel 40. annorũ, omne ius tollitur.*
13 *Præscriptio est facti.*
14 *Præscriptionem allegans eam probare debet.*
15 *Præscriptionis requisita tria notantur.*
16 *Commune mihi cum alio rectè dicitur meum esse.*
17 *Imperatori vel Pontifici quid asserenti, in quo ipsius interesse vertitur, non creditur.*
18 *Præscriptio citatione sola non interrumpitur.*
19 *Bona fides in eo præsumitur, qui habet titulum.*
20 *Etiamsi titulus ille, non sit verus, sed putativus.*
21 *Bona fides præsumitur etiam sine titulo, ex diuturnitate temporis, quod declaratur num. 90.*
22 *Bona fides præsumitur continuata esse.*
23 *Bona fides simplici interpellatione non tollitur.*
24 *Dubius tam præscribit, quam non dubius.*
25 *Mala fides præsumptio purgatur lapsu 30. annorũ, quod declaratur num. 88.*
26 *Mala fides præcedens, non tollit præsumptionem bonæ fidei, causatam ex lapsu 30. annorum.*
27 *Divisioni non præscribitur.*
28 *Divisioni præscribitur.*

Divi-

29 *Divisioni præscribitur ex conventione.*
30 *Læsio allegata probanda est.*
31 *Læsionem probari non sufficit, sed præterea requiritur facilitas sua, vel dolus adversarii, & tempus legitimum.*
32 *Restitutionis tempus legitimum est quadriennium, & num.105.*
33 *Compensationis exceptio est reconventio.*
34 *Retentio locum habere potest etiam eo casu, quo non habet locum compensatio.*
35 *Hæreditatis aditio arguit communionem rerum hereditariarum.*
36 *Pars ejusdem est qualitatis, cujus est totum.*
37 *Pars in toto suo continetur.*
38 *Divisio non est. ubi non est communio.*
39 *Instrumenta inducunt probationem probatam.*
40 *Præsumitur ex præterito in præsens.*
41 *Mutatio non præsumitur.*
43 *Scriptura privata in antiquis semiplenam probationem facit.*
44 *Antecedenti destructo destruitur consequens.*
46 *Argumentū à contrario sensu frequens est & utile.*
47 *Causa originalis semper est attendenda.*
48 *Tituli ex primordio posterior formatur eventus.*
49 *Jactare suum nemo præsumitur.*
50 *Qualitas præsumpta eo ipso probata censetur, quod contrarium ejus non probatur.*
51 *Negativa hoc ipso probata intelligitur, quod ejus contrarium non probatur.*
52 *Divisio quatenus præsumatur ex lapsu longi temporis, quo controvertentes separatim habitarunt, & quisq; suam partem possedit.*
53 *Divisio erronea errore detecto revocari potest.*
54 *Rationes non recte redditæ errore detecto ad calculum justum reducendæ sunt.*
55 *Erronea vitiantur.*
56 *Patientia & taciturnitas quatenus consensum operetur.*
57 *Ignorantia præsumitur.*
58 *Absens, itemq; minorennis ignorare præsumitur.*
59 *Interpretatio æqualitatis conservativa est amplectenda.*
60 *Contrarietas seu repugnantia vitanda est.*
61 *Doctori rationem dicti sui afferenti potius credendum est.*
62 *Opinio concilians diversas sententias potius sequenda.*
63 *Tractatus alius est à conclusione negotii.*
64 *Conclusio negotii attendenda est quicquid antea sit dictum.*
65 *Præsumptiones se invicem tollunt & perimunt.*
66 *Arbitrio judicis committuntur præsumptionum qualitates.*
67 *Præsumptio negativa potentior est affirmativa.*
68 *Negativa potentior est quam affirmativa.*
69 *Negativa regula prævalet affirmativa.*
70 *Præsumptiones speciales præferuntur generalibus.*
71 *Præsumptio illa potentior est, quæ est benignior.*
72 *Potior est causa certantium de damno evitando, quam de lucro captando.*
73 *Præsumptio æqualitatis potentior est, quam inæqualitatis.*
74 *Præsumptiones verisimiliores sunt validiores.*
75 *Exceptionibus pluribus etiam contrariis nemo uti prohibetur.*
76 *Præscriptionis requisita probanda sunt.*
77 *Malæ fidei possessor ullo tempore non præscribit.*
78 *Idq; in foro tam civili, quam Ecclesiastico.*
79 *Scientia rei alienæ malam fidem inducit.*
80 *Titulum possessionis suæ nemo sibi immutare potest.*
81 *Ignorantia affectata quæ sit.*
82 *Culpa est non scientis, & scire debentis eadem.*
83 *Mala fides autoris nocet successori, ut hic ne ex sua quidem persona præscriptionem inchoare possit.*
84 *Scientia præsumitur in eo, qui habet instrumentum penes se, in quo id descriptum est.*
85 *Bona fides præsumitur, quoad probetur fides mala.*
86 *Bona fides quatenus præsumatur, ex lapsu triginta annorum declaratur.*
87 *Nullum quod est, nullas habet qualitates.*
89 *Possessio non causatur ex precario vel locatione.*
91 *Præscriptio non procedit sine possessione civili.*
92 *Præscriptio non procedit sine animo præscribendi.*
93 *Præscriptio longissimi temporis contra pupillos non procedit.*
94 *Præscriptio non procedit, quæ conjuncta est cum enormi læsione alterius.*
95 *Præscriptio in dubio non admittitur, sed contra illam facienda est interpretatio.*
96 *Præscriptio non causatur ex solo temporis lapsu.*
97 *Communio æterna jure improbatur.*
98 QUANDOCUNQUE *dictione stante, præscriptio impeditur.*
99 *Communionem invitus nemo admittere cogitur.*
100 *Communio discordiam parit.*
101 *Ordinarium remedium excludit extraordinarium.*
102 *Restitutio in integrum datur adversus præscriptionem, & num.104.*
103 *Restitutionis in integrum contra præscriptionem causa justa est ignorantia.*
106 *Compensatio non fit de liquido ad illiquidum.*
107 *Compensatio fit de quantitate ad quantitatem, non item de quantitate ad speciem, vel de specie ad quantitatem.*
108 *Magistratus officium est abbreviare lites.*

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

CONTROVERTITUR inter nobiles & validos I. & H. à C. ex una, & nobiles itidem ac validos O & H. à C. ex altera partibus, an conventioni inter utriusque partis parentes in anno 1555. initæ de dividendis bonis, quæ tunc pro indiviso possidebant, satisfactum, eaq; divisio revera insecuta sit, quæ controversia ex facto magis, quam ex jure dependet, ut in terminis divisionis respondit Menoch. *consil.87.nu.66.versic. quo ad secundam.* ideoq; prudentissimos etiam fallere potest, per text. *in l.2. ff. de jur.& fact.ignor.* & facit text. *in l.fin ff.pro suo.*

Divisionem † enim quid facti esse, prætérquam quod per seipsum satis notum est, etiam post alios confirmavit Menoch.*d.consil.87.nu.69.* 1
Quæ † autem facti sunt, de his in genere traditum est, quod nō præsumantur, sed allegata probari debeant, *per text.in l.in bello.§ factâ ff de captiv. & postlim revers. & in l.denique ff ex quib.causis.major. & in l.si emancipati C.de collat. & in l. 2. C.de donat. inter vir. & uxor. & in c.cum in jure. de offic.delegat. & in c.1.de constitutio. in 6 Corne. consil.181. colum.9. versic.nec obstat.volum.2. Cephal.consil.53.num.34. & consil.130. nu.7.lib.1. Roland.à Valle consil.26.nu.14. vol.3.* 2

vol.3.Menoch.consil 11.*num* 301.*lib* 1.*Bursat consil.36. nu.12.lib.1.Cacher.decis.Pedem.*108.*num.9.Joseph.Ludovic.decis.Perus.62.nu.26. Mascard.de probat.conclus.*732.*num* 1.*vol.2.*

3 Et in specie, quod † non præsumatur divisionem factam esse, sed quod allegans eam probare necesse habeat, textus est *in l penult.C.commun.divid.* & tradit Mascard. *de probat.conclus.526. num.1. vol. 1.* & post eum Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt.60 num* 1.

Quibus juribus hoc est consequens, ut Dn.O. & H.a C. divisionem factam esse affirmantes I.& H.à C. eam negantibus, affirmativam illam probare debeant, quoniam non sufficit dicere, nisi 4 etiam † id, quod dicitur, probetur, *c.plerunq. in fin.2.quæst.7 gl.in c.non est.de consuetud.in 6.gl.in l.1. §.interdum autem.verb.esset.ff.si quadrup.pauper fecisse. dicet gl.in l.2.verb.aspectu.ff de fer. & gl.in l prætor ait. la 2.ff.vi bonor.rapt.* idq; in præsenti casu eo magis, quod ex parte Dn. O. & H. non negatur, sed in confesso est, quod I. & R. fratres à C. bona controversa ab anno 1524. usque ad annum 1555. pro indiviso possederint, & quod divisio fieri debuerit, atq; adeo I.& H.fratres contra patrueles suos intentionem fundatam habeant in rei notorietate, & in instrumento anno 1555. de divisione fa- 5 cienda facto. Vulgatum enim est, ut † actoris intentione fundata, si reus eam elidere velit, ipse probare teneatur id, quod excipiendo suę intentionis fundamentum est *per l.in exceptionibus. ff.de except.l.sive possidetis.C.eod l etiam.ff.de donat.int.vir. & uxor. l. penult. §.docere.ff.ne quis eum. Angel.in l.actor.C.de probat.Bart.& Doctor.communiter in l.in illa stipulatione ff.de verb.oblig. Cephal.cons.*301.*nu.54.lib.3.* & quidem in forma sua specifica, ut concludat effectum exceptionis, *Angel.consil.61. col. 2. versic. secundo est advertendum.volum.2. Dec.consil.534.col.3. Cravet.consil.*218.*num.fin lib.2.*

Cæterum quæ ad comprobationem prætensæ divisionis ex parte O. & H. in medium afferri possunt, momenti sunt haud exigui. Et primum 6 quidem divisionem † præsumi factam esse, si per longum tempus, id est, per decenniũ inter præsentes, & vicennium inter absentes fratres, vel alii similes separatim habitarunt, & quilibet solus possederit partem suam, subeundo onera, pro ea parte tantum, & emolumentũ ex ea parte percipiendo, est gl. *in d.l.penult. verb.si major.C.commun. divid.* & ibid.Doctor.communiter. Idem docent Bart. *in l.cum de in rem verso.col.3.versic.pro hoc etiam. ff.de usur.* Bald.*in l.1.col.7.quæst.5.C.qui admitti.& in l.1.col.5.C.de fideicom. & in l.si certis annis.col.4.versic. tertio probatur.C.de pact.* & *ibid.*Jas.*col 3.nu.11. versic. sexto facit.* Felin.*in c.illud.de præsumpt.* Balb. *in tract. de præscript.part.2.quæst.10.nu.39.* Sichard.*in l.si major.nu.4.C.commu.divid.*& consulendo tenent Roman.*consil.205.nu.3.versic.tertio principaliter.& consil.418.nu.2.* Calcan.*consil.23.n.4.*Dec.*consil.79.col. fin.*Corn.*consil.17.vol.2 & consil.37.n.3.vol.3* Ruin. *consil.117.in fin.& cons.162.n.5.vol.3.*Socin.sen.*cons. 164.col.penult.vol.2.*Grat.*cons.121.col.1.vol.2.*Rube. *consil.154.n 5.*Alciat.*resp.94.n.7.* Atq; hanc communé esse Doctor. sententiam tradunt Castrens. *cons.126.nu.2.vol.2.*Alex.*cons.25.nu.6.vol.5.* Barbat. *consil.29.col.9.vol.4.* Ruin.*cons.20.nu.2.vol.4.* Bertrand.*cons.344.vol.1.* Jas.*cons.127.vol.1. & in §.quadam.n.40.Instit.de actio.*Modest.Pistor.*cons.10.n.11. vol.1.* Boer. *decis.58.nu.2 & 3.* Gabriel.*de præsumpt. conclus.1.n.28.*Joseph.Ludov.*decis.Lucens.48.nu.3.* Mynsing.*obs.37.in fin.cent.4. & in thes.commu.opin. sub lit* D.Turzan.*in verb.an si fratres diu.* Villalob.*n.* 83.Soarez.*n.93* Gribald.*in verb divisio.nu.5.* Hinc Bald.*in d.l.penult.* exclamat ibid.gloss.hanc ut singularem, albo lapillo notandam, & mente retinendam: eandemq; singularem & communiter approbatam respondet Cephal.*cons.396.n.8.lib.3.* & ante ipsum Alex. *consil.92. vol.2.* ubi *col.1. in fin. versic. & Cynus respondet.* dicit ab opinione glossæ *in d.l penult.* in consulendo ac judicando non esse recedendum, cum sit communiter approbata, cum quibus etiam facit Zas. *in d.§.quadam.nu.14.* dicens, illam gloss.esse auream & commendatam per omnes, & se hoc sæpius de facto habuisse, & *ibid.*Joan.Schneidwein *num.*72.

Atq; hoc adeo verum esse nonnulli existimarunt, ut scripserint, etiamsi inter fratres reperiretur magna bonorũ inæqualitas, nihilominus tamẽ divisionem esse præsumendam, si longo tempore, prout supra dictum est, fratres separatam possessionem bonorũ habuerint: ita prædictam conclusionem ampliant docendo Salyc.*in d.l.penult.col.1.* Angel.Aretin.*in §.fin.col.fin.Instit.de societ.* Ant.de Butr.*in c.pervenit.col.23.de censib.* & consulendo sequitur Alex.*d.consil 92.col.2.nu.5.versic.nec prædictis.*Jas.*cons.2.col.10.vol.3.& cons.172.col.3.vol.4.* Ruin. *d.consil.117.in fin. & cons.162.col.2. & 3.vol.3.* Cephal *d.cons.396 n.15.* uno ore affirmantes Bald. contradicentem magis communiter reprobari.

At vero in facto præsupponitur non tantũ decem & viginti, sed etiam ultra triginta annos partes cõtrovertentes separatim habitasse & quamlibet bona sua possedisse, ut tanto magis in casu præsenti præsumendũ esse videatur divisioné factam esse, siquidem quod breviori temporis spacio inducitur, id multo magis inducitur temporis spacio longiori.

Secundo, neq; hoc in facto dubium est, quin I. & H. à C. adversarios suos bonis controversis sine ulla contradictione uti passi fuerint, & tacuerint usq; ad paucos annos, & ferme non amplius quam biennium. Patientiam † autem ejusmodi 7 & taciturnitatem sufficere ad inducendam communionis divisionem probatur per text.*in l.itaq. ff.pro soc.* quem text. ad hoc citant Bald. & Angel. *in l.qui in aliena. vers.sed si non adierit. ff de acquir.hered.* Licet enim ex sola patientia non pręsumatur titulus, *l.nullo.C.de rei vind. l.diutina. C.de præscript. long.temp* hoc tamen fallit, ubi patientia est reciproca, siquidem facta relatione de patientia ad patientiam, resultat quædam permutatio, cui inest divisio, *l.cum pater.§ hereditatem. ff.de legat.2.& notatur in l.1.C.commu.utrinsq.jud.Natta consil.506. nu.18.vol.1.Bursat.consil.925.n.18.lib.3.Octav.Simoncell.in tract.de decret. lib.2. tit.4. casu 3.n 17.* qua mutua patientia interveniente in rebus hinc inde possessis, non procedit dispositio, *d.l.qui diutina.* ut specifice declarat Alex.*d.consil.92.col.1.versic.sed dicit Bald.& versic.& Cynus respondet.*

Ita si longo tempore redditio rationum petita non fuerit, ex patientia & taciturnitate ista præsumitur, divisionem factam, & in divisione ista omnia terminata, atque adeo etiam rationes reddi-

redditas esse, cum non sit verosimile, quod tamdiu tacuisset, per ea quæ respondit Castrens. *cons. 126. col. 1. vers. tollitur etiam. vol. 2.* Corn. *cons. 277. col. 2. vers. ideo non esset.* ubi dicit, audiendum esse debitoris heredem, si dicit, ego credo tibi esse satisfactum, quia tanto tempore non tacuisses, nec stetisses quietus, *Balb. d. quæst. 10 n. 41. Cephal. cons. 240. n. 8 lib. 2.* & probatur per tex. *in l. Procula. ff. de probat. juncta gl d. l penult.*

Similiter si divisio facta sit, sed quæ ob defectum aliquem juris pro nulla habenda sit, forte quod facta sit cum minore sine curatore vel judicis decreto, tamen si post maiorem ætatem is, qui minor erat, tacuerit per decennium possidendo pro diviso, censetur inducta tacita & solennis divisio, adeo ut amplius retractari nequeat, *Bald. cons. 282. vol. 2. Balb. d. quæst. 10. num. 40. Ruin d. cons 117. in fin Tiraquell. de præscript. gl 4. versic. 14. Mascard d. conclus. 526 n. 4.* Imo alienatione sive divisione, quæ est species alienationis, *juxta textum in l. 1. C commun utr judic. & in l 2. ff. de fund. dotal. cum simil ib.* nulliter facta à minore, si is minor ad ætatem postea legitimam perveniat, nec intra quadriennium aut quinquennium conqueratur, sed taceat, per patientiam & taciturnitatem illam alienationem ratificasse videtur, ita ut postea revocari non possit, *tot tit. C. si major fact. alienat rat. habuer. l. 3 § 1. ff. de minor. Bald. consil. 184. vol. 2. Dec. cons. 232. nu. 5. Corn. cons 36. nu. 13. vol. 2. Paris. cons. 48. & 49. vol. 1. Cephal cons. 51. n. 12. lib. 1. Cavalcan in tract d. tutore. nu. 146.* ubi ita infert: Et sic habes, quod alienatio facta de re minoris sine cognitione causæ, & solennitatibus juris non observatis, & sic ex quovis capite nullitatis per ratihabitionem expressam verbis & facto inductam, & etiam per tacitam, hoc est, per lapsum quinquennii in titulo oneroso, & per annos decem & viginti in lucrativo confirmatur, nisi in contractu esset dolus verus & non præsumptus, &c.

Tertio hisce accedit, quod constat, quædam bona I. & R. communia ex hereditate paterna inter ipsos divisa fuisse, ex quo verosimiliter argui potest, idem factum esse in bonis cæteris. 8 Negligentia enim † non præsumitur, *Alexand. consil. 45 volum. 1. Cravett. consil. 77. num. 11. Panormit. consil. 41. colum. 3. num. 2. volum. 1.* maxime in his, quæ respiciunt commodum, prout divisio commodum respicit, *Roman. consil 51. num. 9. Sylvan. consil. 93. num 9. Cephal. consil. 26. num. 7. lib. 1. Port. consil. 143. nu. 87.* siquidem nemo præsumitur jactare suum, *vulg. l. cum de indebito. ff. de proban.*

Cui accedit & hoc, quod ita inter R. & I. fratres convenerat, ut divisio fieret, & à tempore conventionis R. integrum ferme biennium vixit, & tamen tacuit, I. vero etiam sci . it. se ad dividendum cum fratre obligatum esse ex sua con-
9 ventione atque adeo de jure. Factum † autem præsumitur, quod de jure faciendum erat, *per text. in l. fin. C. de aliment. pupill præstand. Bartol. in l. cum servus. ff de verb. oblig. Dec. cons 446. n 7. Cravet. cons. 22. n. 5 & cons. 149. n. 12. Cephal. cons. 9. num. 16. lib. 1 faciunt notata in l. Arianus. ff. de oblig. & action.* quod quisque malit esse liberatus, quam obligatus.

Quarto dubium non est, quin mortuo communi parente, bona inter liberos dividi consueverint, ex quo præsumptio insurgit haud levis, ita etiam bona omnia inter R. & I fratres coheredes divisa esse, præsertim cum ad id etiam speciali sua conventione essent obl g ti. Consueta enim † fieri, in dubio etiam facta esse præsu- 10
muntur. per tradita à Bald. *in rubr. C. de fide instrument. n. 8. vers. item quia non est. & in l. incenatum. in fin. C. si cert. pet.* Baldum secutus est Jason *in l. sciendum. nu 2. ff. de verb. oblig.* qui in specie dicit sic declarari regulam *d. l. in bello. § facta.* Sebast. Sapia *in d. l. si emancipati. n 30.* & ibid. Riminald. junior *nu. 50. & 51.* Cravet. *cons 40. num. 2. lib 1 & de antiquit. temp. part. 4 partis quartæ princ p n. 129.* Menoch. *de præsumpt. lib. 6. præsumpt 14. num. 16. & seq.* Nam præsumitur quis illud facere, quod fit communiter, ut dixit Bald. *in l. 2. columna penultima, numer. 25 C. de rescinden. ven lit.* cumque secutus Mascard. *de probation. conclus. 732. numero 5. volumine 2.*

Quinto cōfirmantur hæc omnia per id, quod ut ex superioribus apparet, causæ hic subsunt præsumendi divisionem factam esse. Quotiescunque † enim causa præsumendi factum sub- 11
est, quæ inducitur ex aliis præsumptionibus, tūc præsumitur factum. Ita post alios regulam *d. l. in bello. §. factæ.* limitat Mascard *d. conclus 732. n. 7.* per contextum, quem ad hoc dicit esse insignem *in c. cum tu, ibi, quia utrunq; esse potuit. de test.* Quare cum divisio facta sit, de eadem re amplius fieri non debet, ut dicit gloss *in l. si soror. C. de collat.* limitando textum *l. cum putarem. § fam. ercisc.* Menoch. *cons 91. nu. 78 lib 1.*

Porro ut maxime divisio revera facta non esset, adhuc tamen videretur O & H. ad dividendum cum I. & H non teneri, propter lapsum nō tantum longi, sed temporis etiam longissimi ultra annos trigiuta, quibus & pater ipsorum & ipsi sine ulla interpellatione legitima bona controversa pacifice possederunt. Est autem extra omnem controversiam positum, quod † præscri- 12
ptione triginta vel qu atraginta annorum omne jus tollatur. *l. si. ut. l. omnes. l. cum notissimi. C de præscript. 30 vel 40. annor. c. num quæritur. & ibi gl. in fin. 35 q. 9 Bart. in l. prætor. §. 1 ff. de oper novi nunciat. Paris. cons. 3 n. 17 & seq. vol 4 cum similib.*

Etsi vero † præscriptio facti sit, ideoq́ne non 13
præsumatur, ut tradunt Corn. *cons. 236. col fin. volum 2.* Bald. *cons 450. vol. 4.* Abbas *cons 82 col. 1. volum. 1.* Paris. *cons. 27. nu 89 vol. 1.* Alexand *cons 118. num. 12. vol. 2.* atque † adeo præscriptionem alle- :4
gans, eam probare debeat, *Bart. in l. genero. col 2 ff. de his qui notant. infam Paris. d cons 27. n 89. Cravet. cons. 29. num. fin. & cons 132 nu. 12. lib. 1. & cons. 201. num. 29. lib. 2. Roland. à Valle cons 53. num. 19. & consil 89. num. 30. vol. 2. Mascard de probat. conclus. 1212. num. 1 volum. 3* Videtur autem præscriptio in casu præsenti facile probari posse, probato nimirum titulo, possessione continua, & bona fide, quæ † tria ad complendam præscriptionem re- 15
quiri, est glos. *in cap. duo simul. de offic. ordinar.* quam sequuntur, & multis confirmant Paris. *d. cons 27. num. 89. & cons. 104. num. 105. & seq volum 1.* Bursat. *cons. 66. num. 9. lib. 1.* & Decian. *cons 108. nu 19. volum. 3.*

Sane ad titulum possessionis quod attinet, tametsi nullus allegari posset, prout tamen potest, nimirum, quod bona ista hereditariò obvenerunt, ex ipso tamen lapsu temporis longissimi, nimirum triginta annorum titulus satis esse probatus videretur, siquidem præscriptio longissimi temporis ipsa, est titulus, nec titulū alium desiderat, *per text. in c. de quarta. de præscript. & in c. 1. eod. in 6. Balb. in tract. de præscript. part. 2. q. 2. num. 7.* & complures alii, quos ad longum allegat Wesembec. *consil. 4. num. 79.* & qui titulum allegat, & præscriptionem probat, is simul etiam titulum probasse intelligitur, *Paris. consil. 25. n. 18. vol. 4. & cons. 32. n. 5. vol. 2.*

De possessione autem ab O. & H. hucusque continuata, nullum etiam videtur posse esse dubium, quandoquidem I. & H. à C. ab O. & H. petunt, ut patiantur fieri divisionem bonorum, quæ ipsi possident, & à triginta & amplius annis hactenus possederunt. Neque dici potest, O. & H. aut patrem ipsorum unquam desiisse possidere naturaliter, ex quo inferretur, possessionem interruptam esse, juxta textum & ibi notata per gl. & alios post illam *in l. naturaliter. & in l. fine possessione. ff. de usucap. & in d. l. cum notissimi & Canonistæ in c. illud. de præsumpt.* neque etiam desiisse ipsos possidere civiliter, quoniam ex præsupposito, si communia sunt bona, utiq; & ipsorum fuerunt,
16 & pro suis possederunt. Quod † enim mihi cum alio commune est, id meum quoq; esse intelligitur, *l. pupillus. §. fin. ff. de verb. signif. l. servi. §. Labeo ff. de legat. 1. ubi Bar. n. 1. & Jas. n. 4. & 10. Gail. de pignorat. observat. 20. n. 2.*

Et licet I. & H. contradixissent, non tamen tenebantur O. & H. contradictioni credere, maxime cum si contradictio facta est, illa facta est extraiudicialiter, per text. *in l. penult. ff. pro emptore.* ubi emptor rei alienæ, qui bona fide possidebat, non constituitur in mala fide ex eo, quod quis extrajudicialiter illi denunciasset, rem suam esse, idemq; docet Alex. *in l. pupillo. §. nunciationem. col. 4. ff. de oper. novi nunc.* & Bart. *in l. quod te. col. penult.*
17 ubi & alii post eum, *ff. si cert. pet.* cum † ne Imperatori quidem aut Pontifici ratione interesse sui quid afferenti credatur, ut tradit Isern. *in cap. 1. in prin. ad fin. quo tempore miles* Zabarel. *cons. 128.* Dec. *cons. 528. nu. 3. & seq. & cons. 410. col. 2. ad fin.* Socin. *cons. 117. vol. 2.*
18 Atque hæc adeo vera sunt, ut † licet citatio actus sit judicialis, tamen per simplicem citationem, non secuta litis contestatione non interrumpatur præscriptio etiam sine titulo, ut tenet Panorm. *in d. c. illud. col. 2. per cap. placuit. §. potest. 16. q. 3. & per l. si quis emptionis. §. 1. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* & comprobat Balb. *de præscript. part. 3. partis sexta princip. q. 1.* multo vero minus interrumpetur præscriptio titulata, ut notant Bar. Salic. & alii *in l. mota. C. de rei vindicat.* & tradit idem Balb. *d. q. 1. nu. 5.* Bart. & alii *in l. si post acceptam ff. de rei vindicat.* Paris. *d. cons. 104. n. 150. & seq.* Ruin. *consil. 18. nu. 5. vol. 4.*

Multo minus de bona fide possessorum videtur dubitandum esse, cum pro se habeant præsumptionem bonæ fidei, *l. merito. ff. pro soc.* gl. *in l. super. verb. probatur. C. de præscript. long. temp.* Innoc. *in c. nihil. col. 2. de elect.* Bartol. *in l. quemadmodum. colum. 1. in fin. n. 3. C. de agricol. & censit.* & communiter teneri, quod quis rem, quam possidet, bona fide possideat, attestatur Vasqu. *lib. 2. illustr. quæst. c. 79. nu. 15.* & infinitis autoritatibus comprobat Mascard. *de probat. conclus. 224. vol. 1.*

Quæ præsumptio in proposito nostro tanto est fortior, quod munita est titulo. Bona † enim 19
fides in eo potissimum præsumitur, qui habet titulum verum, ita dicit gl. *in c. fin. de præscript.* Bart. *in l. Celsus. nu. 17. vers. sed contra hæc videtur. ff. de usucap. & in l. fin. in fin. C. unde vi.* Panorm. *in cap. gravis. col. 3. vers. si vero non constat. de restitut. spoliat.* Luc. de Penn. *in l. 3. col. 4. vers. trigesimasecunda. C. de apoch. public. lib. 10.* Jason *in l. possideri. §. si servus. num. 2. ff. de acquirend. vel amittend. possess. & in l. non hoc. col. ult. versic. facit l. quod licet. C. unde legit.* late Anton. Gabriel. *lib. 7. de criminal. conclus. 2. num. 27.* idemq; consulendo tenuerunt Alexand. *consil. 200. col. 2. versic. præterea in dubio volum. 1.* Barbat. *consil. 41. colum. 10. versic. ad hæc potest responderi volum. 1.* Corn. *consil. 136. colum. 1. versic. sufficit enim. volum. 2.* Socin. sen. *consil. 22. in fin. volum. 1.* Curt. sen. *consilio penultimo, colum. 2.* Cravetta *consil. 201. num. 30. volum. 1.*

Quinimo etsi titulus verus non sit, sed † pu- 20
tativus tantum, quem possessor allegat, adhuc tamen bona fides præsumitur, ut affirmavit Bar. *in d. l. Celsus n. 17.* Papiens. *in form. resp. rei conventi. verb. præscriptionis. n. 16.* Ripa *in c. cum Ecclesia. n. 98. vers. amplia. de caus. possess. & propriet.* Ruin. *cons. 129. in fin. vol. 1.* Curt. jun. *cons. 28. nu. 4.* Socin. jun. *consilio 76. n. 60. & cons. 77. n. 151.*

Quæ omnia in præsenti casu tanto magis locum obtinent, quod illis coniuncta est diuturnitas temporis, triginta nimirum & plurium annorum, ex qua † bonam fidem præsumi, etsi nul- 21
lus allegetur omnino titulus, docuit Innocen. & alii *in c. 2. de restit. in integr.* Panorm. & alii *in c. si diligenti. de præscript.* Dd. *in d. l. Cels.* & consuluit Alexand. *cons. 71. num. 1. volum. 1. & cons. 203. num. 12. volum. 6. & cons. 4. num. 3. vol. 7.* Riminald. sen. *consil. 288. num. 19. & cons. 246. nu. 25. vol. 2.* Roland. à Valle *cons. 3. nu. 93. vol. 1.* & communem esse testatur Ripa *in d. c. cum Ecclesia. nu. 99.* quem refert & sequitur Menoch. *de arbitrar. judic. quæst. lib. 2. casu 43. nu. 7.* & quamvis sint qui contrarium teneant, non tamen esse ab hac sententia communi recedendum, scribit Menoch. *de recuperand. possess. remed. 13. nu. 70. & de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 130. n. 11.* ubi dicit, rationibus & argumentis contrariæ opinionis satisfieri à D. Didaco Covar. *in c. possessor. part. 2. §. 8. nu. 3. de reg. jur. in 6.*

Quemadmodum vero præsumitur ab initio bona fides, ita etiam † præsumitur processisse & 22
adhuc esse, ex communi Dd. sententia, de qua Balb. *in d. l. Celsus. part. 2. n. 2.* Alciat. *de præsumpt. regul. 3. præsumpt. 5.* Didac. Covar. *de sponsal. part. 2. c. 8. §. 1. n. 4.* Soarez *in thes. commun. opin. lit. P. nu. 199.* & contra prædecessores inchoata, procedit etiam contra eorum heredes, per ea quæ respondit Curt. sen. *cons. 82. n. 5.* quem refert & sequitur Tiber. Deeian. *cons. 24. n. 117. vol. 1.*

Neq; dici potest, interpellatione ulla bonam istam possessorū fidem sublatam esse, siquidem aut nulla omnino interpellatio intercessit, aut si intercessit aliqua, est tamen illa simplex, de qua

23 qua jure cautum est, quod † bona fides, quam præscribens ab initio habuit, per eam non tollatur, ita notat gloss. *in d.c. si diligenti. verb. bona fide.* & post eam *ibidem* Dd. & gloss. *in l. penultima, ff de eviction.*

Nam etsi interpellans extraiudicialiter ex ea de jure suo dubius reddi possit, propterea tamen protinus in mala fide non constituitur, & de eo
24 qui dubius est, quod † non minus præscribat, atque is, qui dubius non est, notatur *in d.c. si diligenti. & in d.c. fin.* ubi Innocent. Imol. & Panorm. Bartol. *in d. l. naturaliter. in princip.* eamque communem esse Doctorum sententiam, dicunt Alexand. *in l. 1. §. genera. ff. de acquiren. vel amitt. possess.* Mynsing *respons.* 41. *nu.* 18. Cephal. *cons.* 40 *nu.* 24. *lib.* 1. *& cons.* 714. *num.* 54. *lib.* 5. ubi dicit, licet ex postfacto dubitari incipiat, tamen in eo casu præscriptio inchoata non interrumpitur, sed si à principio dubitatur, præscriptio inchoari non potest ob bonæ fidei defectum, & ibidem addit, hanc rem ita declarare Ruinum *cons.* III. *num.* 8. *vol.* 1. & novissime consulendo idem secutus est Wesemb. *cons.* 2. *nu* 86.

25 Sed ex † cursu etiam triginta annorum præsumptionem malæ fidei, si quæ subesset, purgari ostendunt, Bartol. *in d. l. fin. in fin. C. unde vi.* Jason *in §. sed iste. num.* 100. *Instit. de action. & cons.* 57. *col. fin. in fin & cons.* 72. *col.* 2 *vol.* 1. *& cons.* 209 *colum* 2. *in fin. vol.* 2. Dec. *cons.* 267. *col.* 3. *& cons.* 272. *colum.* 5. Curt. jun. *cons.* 52. *colum.* 4. Castrens. *cons.* 169. *col.* 2. *volum.* 1. ubi ait, post lapsum longissimi temporis malam fidem allegari non posse, & ad idem faciunt notata à Menochio *d præsumpt.* 130 *nu* 17. *&* 18. idque adeo verum esse nonnulli existimant,
26 ut † scribant, malam fidem præcedentem non tollere præsumptionem bonæ fidei acquisitam per spacium longissimi temporis: ita sentiunt Dec. *in l. tradi tionibus col.* 3. *nu.* 11. *&* 12. *C. de pact. & cons.* 496. *col.* 2. *circa med. & cons.* 638. Salic. *in l.* 2. *col fin. C. de servitut.* idem sensit Bal. *cons* 370. *vol.* 3. Boër. *decis.* 39. *num.* 7.

Et vero potuisse etiam divisioni in præsenti casu præscribi, videtur extra controversiam ponendum esse. Nam etsi vulgo eo itum sit, ut divi-
27 sioni non præscribatur, adeo ut † si res aliqua steterit communis per tempus antiquissimum, cuius initii memoria non extat in contrarium, cursus tanti temporis divisioni non obstet, per notata Cyni, Bartoli, & aliorum *in l.* 1. *§. ad hæc. C. de annal. except.* Bald. *in l. fin. C. fin. regund.* ubi dicit, quod ista opinio sit mera veritas. Jason *in l si non sortem. §. si centum. notab.* 2. *ff de condict. indeb.* Bertachin. *in repert. verb divisio num* 12 *part.* 1. Angel. *cons.* 55. *in fin.* Curt. sen. *cons* 53 *circa med vers. & ideo dicimus. & cons.* 69 *colum* 12. *circa medium.* Ruin. *cons.* 151. *num.* 10. *volum.* 4. Cravet. *cons.* 60 *num.* 1. *volum.* 1. Balb. *de præscript part* 4. *partis quartæ princip. quæst* 13 *num.* 2. Gomez. *in d. § quadam. num* 21. & ibidem Jason, affirmantes, hanc esse communem, & de magis communi attestatur Jas. *nu* 38. quibus ibidem accedit Zasius *num* 11 dicens, se hanc opinionem semper secutum esse, & esse verissimam, & post hos omnes Fichard. *cons.* 101. *n.* 8. *vol.* 2.

28 Contrarium tamen, videlicet quod † annis triginta divisioni etiam rerum, de quibus constat, quod communes sint, præscribi possit, tenet gl. *in d. §. ad hæc & in l.* 1. *verb. coheredibus. ibi, p̄cessissime ff famil. ercisc. & in l. fin. C. commun. divid. & in d. l. si non sortem. §. si centum.* eandemque opinionem secuti sunt Butrig. Bald. & Angel. *in d. §. ad hæc* ubi Bald. dicit, hoc esse mente tenendum, idemque sentit Joan. Faber *in d. §. quadam.* ubi dicit, ab omnibus ita teneri, & ibidem Jason asserit, hanc opinionem in puncto juris esse sustentabiliorem, *per d. §. ad hæc.* ubi textus diserte ita ait: Nemo audeat neque actionem familiæ erciscundæ, neq; communi dividundo, neque finium regundorum, nec aliam actionem, neq; alterius cuiusq; personalis actionis vitam ultra triginta annos interpretari, ex quo hæc actio competit, & semel nata est.

Nec versamur hic in terminis communionis simplicis & quietæ, de qua sola prior illa opinio fortasse vera esse posset, sed apparet ex instrumento in anno 1555. facto ad divisionem semel provocatum, conventionemq; de divisione facienda initam esse, quo casu † si spacio annorum 29
triginta divisio facta non sit, communioni sive actioni divisoriæ præscriptum esse, affirmavit Zasius *in d. §. quadam. n.* 13. *vers. nam si post divisionem.* & post hunc *ibidem* Schneidwein *n.* 71.

Præterea bona quæstionis extra controversiam ab eo tempore possedit Dn. O. & H. pater, & post hunc ipsi soli, quo eodem casu actioni divisoriæ præscribi spacio annorum triginta, docuit idem Zasius *modo citato loco. vers. item si aliquis.* ubi quasi in terminis præsentem controversiam his verbis decidit: Item si aliquis ex fratribus, inquiens, fundum vel castrum possedisset multo tempore, & onera subiisset, administrasset eundem fundum vel castrum, & post triginta annos alter frater diceret, idem castrum vel fundum non esse divisum, & provocaret ad divisionem, salvari posset opinio affirmantium triginta annis communioni sive actioni divisoriæ præscribi posse; atque ita Schneidw. *citato loco* limitat *d. §. ad hæc.* dicens, illum procedere, quando unus tantum possidet, & pauloante *nu.* 67 dicit, hoc verum esse, allegans Cyn. & Bart. *in d §. ad hæc.* & Bald. *in d. l. fin. C. commun. divid.*

Quibus hoc etiam accedit, quod utrinque in confesso est, si non omnia bona inter R. & I. divisa sunt, divisa tamen esse aliqua, ex qua divisione, etsi fortasse inæqualitas resultaverit, adhuc tamen dicendum videretur, præscriptionem admittendam esse, quia, ut sæpedictus Zasius *eodem loco, eodemq; numero, vers. item si aliquando*, scripsit, quod si, qui in communione stabant, aliquando divisissent, sed inæqualiter, & ita starent per triginta annos, non possit alter plus provocare ad divisionem, quia præscriptum esset divisioni.

Præscriptione ita apparenter fundata, si Dn. I. & H à C. beneficio restitutionis in integrum uti vellent, neque hoc ipsis videretur concedendum esse. Ut enim de ætate ipsorum nihil nunc dicatur, probanda † ab ipsis foret læsio, & qui- 30
dem enormis, per adducta à Maurit. *in tract. de restit. in integ. cap.* 54. Menoch *de arbitrar judic. quæst. casu* 74. *nu.* 4. Franc. de Cald. *in l. si curatorem. verb. læsis. num.* 1. *C. de restitut. in integr. minor.* in cuius læsionis ratione incunda tempus divisionis factæ

T 2 aut

aut à quo præscripto cœpit, spectandum esset, *per textum in l. si voluntate. in fin. C. de rescindend. vendit. & in l. 3. §. divi fratres. ff. de jure fisci. Joseph. Ludovic. conclus. 14. versic. infertur. 110. Cravett. cons. 151. nu. 7. & consil. 188. numer. 4.* & alios de communi, magisque communi attestantes refert Mascardus *de probation. conclus. 962. numer. 4. & 5. volumine 2.*

Nec vero ad impetrandam restitutionem in integrum satis est, quod probet eam petens se minorem esse, & se læsum esse, sed præterea et-
31 iam requiritur, ut † læsio illa facta sit facilitate sui, aut dolo adversarii, & quod adhuc sit intra tempus restituendi in integrum, *per tradita à Mynsing. respons. 56. num 9. & observat. 16. centur. 4. & à Menochio cons. 208. num. 52. lib. 3.* quod tempus
32 est † quadriennii à completo anno vigesimoquinto computandi, idque continuum est, à quo nec dies feriati, nec alii subducantur *l. fin. ubi Angel. & cæteri. C. de tempor. in integr. restitut. cap. 1 de restitut. in integr. clement. 1. eod.* omnesque hoc ex crebriori dicto admittere, respondit Bursat. *consil. 291. nu. 49. lib. 3.*

At in præsenti casu ut maxime cætera omnia probarentur, quod ipsum forte etiam difficile foret, tamen manifestum est & notorium, quod quadriennium istud jam ante multos annos elapsum, nec restitutio in integrum petita, nedum impetrata sit, quo casu omnem in integrum restitutionem cessare, adeo ut nec Ecclesia elapso primo & secundo biennio restituatur, prout respondit Jason *cons. 27. in fin. volum. 1.* Bellon. *cons. 46. num. 15.* quos allegat & sequitur Bursat. *d. cons. 291. n. 55.*

Postremo, ut maxime illa omnia, quæ hactenus sunt deducta, non subsisterent, videntur tamen fratres Dn. O. & H. sese exceptione compensationis adversus Dn. I. & H. tueri posse, antequam bona quæstionis dividant vel restituant ob impensas & meliorationes, quæ in bona ista fecerunt, & ob debita, quibus Dn. I. & H. sibi obstrictos prætendunt, siquidem illa sint liquida, aut certe de proximo, puta intra duos menses, liquidari possint, *per gloss. in l. fin. verb. indaginem. C. de compensat. Bartol. in l. aufertur. §. qui compensationem ff. eod. Felin. in cap. cum Joann. Eremita. in princip. ff. de fide instrument. Socin. regul. 86. fallent. ultima, Alexand. cons. 166. num. 5. in fin. & seq volum. 2.* ubi *num. 7.* hoc eousque extendit, ut affirmet, creditum dici satis liquidum, & fieri compensationem, si intra tempus instantiæ litis jam cœptæ possit expediri, & præter eum Bald. & Salic. *in l. neq. C. de compensat.* & novissime Paril. *consil. 121. nu. 24. vol. 1.*

Posito vero, etiam compensationem ex sui natura admitti non posse in vim compensationis, admittenda tamen esset in vim mutuæ peti-
33 tionis, id est, reconventionis, quia † exceptio compensationis est reconventio, ut notatur *in d. l. neque. & in cap. 1. & 2.* ubi & Canonistæ *de mutuis petit.* Bald. *in l. fin. C. de sentent. & interlocut. omn. judic.* Alexand. *cons. 118, colum. 2 volum. 2.* egregie Parif. *cons. 100. nu. 32. volum. 2.* ubi *num. 33.* respondit, quod talis reconventio admittetur non modo de debito non liquido, sed etiam si fieret de specie ad quantitatem, & è contra.

Quinimo compensatione negata, non tamen propterea negabitur retentio, quia † ubi non 34
competit compensatio, ibi competet retentio, *ut per Corn. cons. 66. vol. 8. Parif. d. cons. 100. num. 35. & 36. Cravet. cons. 128. num. 2. lib. 1. Cephal. cons. 573. num. 21. lib. 4.* tametsi retentio revera etiam sit & dicatur compensatio, *ut notatur in l. restituenda. C. de petit. heredit. & in l. etiam ff. de compensat.* & regulare est, retentionem non denegari, *ut habetur in l. ex quibus causis. & in l. qui exceptione. §. si pars. & in l. si in area ff. de condict. indebit.* præsertim cum retentio sit valde favorabilis, & in ipsa æquitate naturali fundata, *l. per retentionem. C. de usur. Bartol. & alii in d. l. si non sortem. §. si centum. Bald. in l. peremptorias. colum. 3. C. sentent. rescind. non posse. & in l. 2. not. 4. C. de fidejussor. Jason in l. naturaliter. §. nihil commune. colum. 12. ad finem, versic. sed tu adverte, lect. 2. ff. de acquirend. vel amittend. possess.* adeo ut creditor etiam debitori suo succedens, etsi non possit agere, *l. debitori. C. de pact.* possit tamen uti retentione pro credito suo, ut tradit Bald. & cæteri *in dicta l. debitori.* Alexand. *cons. 57. dub. 2. volum. 3.* Corn. *cons. 190. colum. 7. versic. non enim obstat quod creditor. volum. 2.* quos sequitur Cravetta *cons. 165. num. 3. lib. 1.* & quod possim retinere rem unam pro alio credito, respondit Cephal. *cons. 762. numer. 17. lib. 5.*

Sane sunt argumenta hucusque deducta ad denegandam petitam divisionem ex parte O. & H. à C. perquàm gravia & speciosa, quibus prima fronte, cui videri posset, O. & H. ab impetitione Dn. I. & H. à C. absolvendos esse.

Verum toto negocio in circumstantiis suis accuratius perpenso, nobis videtur contrarium decidendum esse, nimirum illis non attentis, Dn. O. & H. ad divisionem bonorum controversorum faciendam, eademque pro dimidia parte restituenda condemnandos esse.

Principio enim extra omnem controversiam utrinque in confesso est, omnia bona ab H. à C. tempore mortis suæ, quæ incidit in annum Christi 1524, relicta utrique suo filio I. & R. jure hereditario obvenisse, nec dubium est, quin uterque hereditatem adierit, cui consequens est, ut bona à patre relicta sine dubio ab initio fuerint communia. Hereditatis † enim aditionem 35
rerum hereditariarum communionem inducere, communiter notant Dd. *in §. item si. Instit. de obligat. qua quasi ex contract. & in rubr. ff. & C. famil. ercisund.*

In facto autem illud etiam certum est, bona ista, quæ ut dividantur jam petitur, eodem tempore fuisse in hereditate H. à C. ut necessario inde sit inferendum, sicuti cætera, ita ista etiam bona in W. sita, utpote ad hereditatem pertinentia, tum communia fuisse. Pars † enim eiusdem 36
est qualitatis, cuius est totum, *l. Lucius. & ibi gloss. ff. de fundo instruct. leg. l. grege. & seq. cum ibi notatis. ff. de legat. 1 l. peculium d. l. cum pater. §. mense. ff. de legat. 2.* siquidem † pars in suo toto continetur, *l.* 37
lecta. ff. de rebus credit. l. in toto ff. de regulis juris. cap. in toto, eod. in 6 cap. si quis cum totum. de sentent. & re judic. faciunt notata à Nicol. Euerhard. in loco, à toto ad partem.

Et vero bona etiã quæstionis tũ cõmunia fuisse, constat ex cõfessione Dn. O. & H, siquidẽ prętendunt,

tendunt, bona ista in divisionem jampridem venisse, quo ipso communionem istorum præsupponant necesse est, quia divisio † non cadit, nisi
38 ubi est communio, *tot. tit. ff. & C. famil. ercifcun. & commun. divid. l. sed si forte. ubi Bar. ff. de reb. eorum. Paris. conf. 16. nu. 46. & 47. vol. 2.*

Idem etiam apparet ex recessibus sive instrumentis de iisdem bonis inter I. & R. patres olim
39 factis, quæ † instrumenta inducũt probationem probatam, *secundum notata ab Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 13. num. 8. Tiraquell. de retract. lignag. §. 2. gloss. 1. nu. 20. & seq. Cacheran. decis. Pedemont. 72. n. 4. Grammat. decis. Neap. 103. n. 1. Socin. sen. cons. 2. n. 8. vol. 3. Socin. jun. cons. 1. n. 49. vol. 4. Curt. jun. cons. 64. nu. 4. Roland. à Valle cons. 40. n. 8. & cons. 58. num. 6. volum. 2. Cephal. cons. 247. num. 1. lib. 2. Paris. cons. 54. num. 3. & cons. 104. num. 63. volum. 1.* præsertim cum Dn. O. & H. instrumenta illa non tantum non impugnent, sed etiam approbent, *secundum doctrinam Anton. de Butr. in c. cum contingat. de rescript. & in c. cum dilecti. de donat. Dec. cons. 474. nu. 3. Socin. sen. cons. 97. in fin. vol. 1. Cephal. cons. 218. num. 7. lib. 2. Joseph. Ludov. decis. Perus. 26. num. 13. & decis. 50. nu. 5.*

At sicut tempore mortis H. & multis post ipsum annis bona quæstionis fuerunt communia, ita etiamnum communia esse præsumuntur, nisi doceatur, divisione communia esse desi-
40 isse. Ex † præterito enim tempore præsumitur circa præsens, *Bald. in l. ex persona. not. 2. C. de probat. Nicol. Euerbar. in loco, à tempore ad temp.* ubi uterque dicit, quod ad hoc, ut hæc argumentatio procedat, requirantur duo extrema, nempe præteritum verum, & præsens possibile, quod utrunque hoc nostro casu adest. Ita qui tempore præterito fuit subditus, adhuc subditus esse præsumitur, *per cap. preterea. el 2. de transact. ubi Bald. Panorm. & cæteri.* Similiter qui certæ fuit olim voluntatis & opinionis eiusdem adhuc esse præsumitur, *l. eum qui voluntatem. ff. de probat. l. cum hic status. de donat. inter vir. & uxor. Menoch. de præsumpt. lib. 6. præsumpt 37.* & magis in specie, si quis rem aliquam habuit tempore præterito, præsumitur etiam hodie habere, sicque præsumitur, quod eam non amiserit, *l. si quis ex argentariis. §. fin. ff. de edend. l. testimonium. C. de testament. Alexand. in l. domos. ff. de legat. 1. Alciat. in tract. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 25. num. 1. Menoch de præsumpt. lib. 6. præsumpt. 21.* & qui olim possidebat, præsumitur adhuc possidere de præsenti, *gloss. Bart. & cæteri Doctores communiter in l. sive possidetis. C. de probat. & in l. non ignorabit. C. ad exhibend. Canonistæ communiter in cap. cum ad sedem. de restitut. spol. Alexand. cons. 80. num. 1. vol. 2. & cons. 88. nu. 18. vol. 5. Joseph. Ludovic. decis. Perus. 59 n. 4. late Mascar. de probat. conclus. 1195. vol. 3. per discursum.*

41 Et in genere traditum est, mutationem † non præsumi, *l. si vero. §. qui pro rei qualitate. ff. qui satisd. cogant. l. eum qui. ff. de probat. gloss. in l. Lucius. la 1. ff. de legat. 2. Alciat. de præsumpt. part. 3. reg 2. præsumpt. 16. & multi alii, quos ad longum recenset Mascard. de probat. conclus. 1082. num. 1. volum. 2. quibus accedit Menoch. cons. 1. n. 121. & cons. 100. n. 82. lib. 1. & cons. 378. nu. 82. & seq. lib. 4.*

Deinde bona controversa etiamnum esse
42 communia, eo ipso probatur, quod † multæ præsumptiones & coniecturæ in medium afferri possunt, quibus ostendatur, divisionem istorum bonorum revera nunquam factam esse, *per ea quæ late scripsit Menoch. de præsumpt. lib. 1. quæst. 37. cum multis insequentibus.*

Et primum quidem generalis est præsumptio divisionis non factæ, quod divisio quid facti sit, ea autem, quæ facti sunt, non præsumantur, per ea, quæ supra non longè à principio allegata sunt.

Deinde in specie, quod divisio, si negetur, non præsumatur facta esse, sed quod allegans eam probare necesse habeat, probatum est supra *per text. l. penult. C. commun. divid. & ad idem adductus est Mascard. de probat. conclus. 526. n. 1. vol. 1. & Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 60. n. 1.*

Tertium argumentum divisionis non factæ est hoc, quod post conventionem de divisione facienda initam, designatio quædam sive specificatio, secundum quam bona omnia dividenda essent, facta est, in qua disertis verbis cautum, quid quilibet de fratribus I. & R. habere debeat, sed de bonis controversis in ea designatione scriptum est ita: Was aber die Ländereyen belangt / ist derselben drey hundert fünff vnd dreissig / vnd ein halber Morgen / wie die jetzo auch gemeß seyn / die dann zu dieser Zeit nicht von einander gethailet seyn / aber doch baiden Gebrüdern jeder zum halben thail die Ländereyen sich vorbehalten / biß zu der Zeit J oder die seinen die Ländereyen mit allem andern selber zugebrauchen notturfftig seyen / sollen sie dann trewlich gethailt werden.

Etsi vero hæc scriptura ut privata argui possit, nullo testium vel subscriptionis suffulta adiumento, quoniam tamen ab eo tempore, quo facta est, ultra annos triginta lapsi sunt, atque ita versamur in antiquis, semiplenam ut minimum per se sola probationem facit. Scripturam † e- 43
nim privatam nullo testium vel subscriptionis suffultam adiumento in antiquis semiplenam probationem inducere, testantur Ripa *in l. admonendi. columna penultima, ff. de jurejurand.* Dec. *in cap. cum causam. num. 19. versic. secundo limitatur. ff. de probat.* Anton. de Butr. *in cap. 2. colum. 4. versic. tertius casus est. de fide instrument.* & ibidem Felin. *numer. 10. versic. tertio limita.* Specular. *de instrument. edit. §. nunc dicendum. versic. regulariter. in princip.* Tiraquell. *de prescript. versic. per decem annos. gloss. 4. versic. vigesimo primo.* Jason *in l. cum aliquis. num. 6. C. de jure deliberand. & cons. 166. num. 2. vers. ad prædicta accedat. volum. 4.* Marsil. *singul. 436.* ubi dicit, hoc esse mente tenendum, quia sit singulare verbum.

Quarto, confirmantur hæc ex eo, quod Dn. O. & H. in possessione bonorum controversorum soli reperiuntur, & non solum nihil demonstrare possunt, quod in vicem vel compensationem portionis ipsorum patri vel ipsis debitæ in prætensa divisione adiudicatum sit, sed nihil etiam adiudicari potuit, quippe omnibus cæteris bonis ex æquo divisis atque etiamnum possessis. Divisione enim facta nullus ex his, qui diviserunt, habere potest aut debet quid præcipuum invitis cæteris, sed divisio in æquales partes dividendum tribuit, & divisio antecedens est, cui consequens est æqualitas. Destructo autem

44 autem † sive negato consequenti, destruitur etiam sive negatus antecedens, *per notata à Nicolao Euerhard. in loco à destruct. consequent. ad destruct. antecedentis.*

Quinto, his accedit, quod si divisio bonorum controversorum facta esset, sine dubio schedulæ divisionis, vulgo Loß oder Thailzettel/ desuper factæ essent, sicut apparet factas esse super divisione bonorum cæterorum. Cum autem eiusmodi Thailzetteln non appareant, & tamen fieri consueverint, inde præsumptio exsurgit fortissima, divisionem istorum bonorum nun-
45 quam factam esse. Sicut enim † ea, quæ fieri consueverunt, in dubio facta esse præsumuntur, *per supra allegata*, ita è contrario, si fieri consuetum non factum appareat, neque ea, quæ præsupponuntur, ad id non factum præsumi possunt, argumento à contrario sensu deducto,
46 quod † frequens esse, forte & utile, dicunt Socin. *regul.* 46. Duz. *regul.* 49. & 51. Catheran. *decis. Pedemont.* 71. *num.* 15. & *decis* 85. *num.* 12. & *seq* Villalob. *in thes. commun. opin. lit.* A. *num.* 146. & *seq.* Vivius *in eodem ibidem, verb. argumentum à contrario.*

Sexto, constat ex supradicta scriptura Dn. I. & H. patrem eo tempore, quo cætera bona divisa sunt, non indiguisse quidquam de bonis controversis, neque eo loci in W. ut iis uti potuerit, habitasse, è contrario vero Dn. O. & H. patrem semper in W. habitasse, ipsum que bonis controversis maxime indiguisse, quod etiam ex recessibus in anno 1545. & anno 1546. factis apparet. Cum autem conventionem de dividendo in anno 1555. initam, mox insecuta sit mors patris Dn. I & H. ipsi vero fuerint adhuc minorennes sine tutoribus aut curatoribus constituti, rerum suarum ignari, quin etiam studiorum & militiæ causa absentes, præsumptio inde resultat urgentissima, bona controversa nunquam fuisse divisa, sed in eodem statu communionis ad hoc usque tempus permansisse, nec alia ratione à Dn O. & H. nunc possideri, quàm qua ista ipsorum pater inde ab anno 1546. possidere cœ-
47 pit. Causa † enim originalis semper est attendenda, *l. tutor datus. ff. de fid. jussor. l. si id quod. in princip. ff. de donat. l. 1. § parvi q. refert. ff. de privileg. creditorum. l. si filiusfamilias in fin. C. ad Senatusconsultum Macedon. l. 4. § unde quær. poterit ff. de manumiss. l. qui in aliena. § fin. qui putabat. ff. de acquirend. vel omit-*
48 *tend. heredit.* & ideo solemus dicere quod † ex tituli primordio posterior formetur eventus, *l. 1. C. de imponend. lucrat. descript. lib. 10. l. si heres testamento. ff. de act. empti Bartol. in l. di. m. ff. de aqua pluv. Corn. cons. 250. colum. fin. volum. 4. Socin. cons. 87. col. penult. num. 14. vers. sumitur etiam præsumptio. vol. 1.* præsumitur etenim quid factum in dubio ob causam præcedentem, *l. quædam mulier. ff. de rei vindic.* & quod possessio præsumatur continuata in executionem tituli præcedentis, dato quod in titulo aliqua possit suboriri dubitatio, est textus *in l. 2. C. de acquir. & ret. nend. poss. ff.*

Septimo, si bona controversa in divisionem venissent Dn. I. & H. pater suum jactasset, quoniam portionem sibi in bonis illis debitam Dn. O. & H. patri remisisset, cum notorium sit, nec ipsum, nec liberos suos de illis quidquam unquam accepisse, nec quidquam demonstrari possit, quod ipsis eo nomine invicem, sive zum Gegenwechsel cessum sit. Sed † nemo est, qui 49 suum jactare præsumatur, *vulg. l. cum de indebito. ff. de probat. cum aliis allegatis à Mascardo, de probat. conclus.* 872. *nu.* 1. *vol.* 2.

Octavo, & quoniam ex hactenus deductis qualitas communionis etiamnum præsumitur, communio illa eo ipso satis probata esse intelligitur, quia contrarium à Dn. O. & H. probatum non est, & forsasse nec potest probari. Qualitas enim, † quæ præsumitur, eo ipso probata esse 50 censetur, quod contrarium eius non probatur, *Jas. in l. is potest. colum. fin. vers. contrarium. ff. de acquirend. vel omittend. hered. Alciat. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 21. nu. 2. Cephal. cons. 20. n. 16. vol. 2. quos allegat & sequitur Mascard. de probat. conclus. 1248. nu. 87. vol. 3.*

Decimo, cum Dn. I. & H. negent divisionem bonorum quæstionis factam, eo ipso † probarunt hanc negativam suam, quod contrarium eius, hoc est, affirmativa probata non est, *l. 1. C. de probat. gl. in l. 2. verb. compellere. C. de jure emphyt. cum similibus.* 51

Nam quod ex parte Dn. O. & H. primo loco in ipsorum favorē supra allatum est, divisionem præsumi factam esse propter lapsum longi temporis, quo separatim controvertentes habitarūt, & suam quisq; partem possedit, ad illam divisionis factæ præsumptionem respondetur primo, quod † locum non habeat stante gravi præiudicio alterutrius partis. Eo enim casu ex tali temporis diuturnitate non præsumi divisionem factam inter fratres aut socios, docuit Bartol. *in d. l. cum de in rem verso. col. 3. n. 5. ff. de usur. & in l. 1. col. fin. n. 7. ff. de aqua pluv. & in sua disputatione, incipiente, mulier habens magnum patrimonium, in fin. n. 7.* Tiraquell. *in d. §. per decem annos. vers. trigesimo octavo.* qui complures in hanc sententiam adducit. Jas. *cons. 176. col. 3. vers. sed quando tractaretur nu 2 vol. 2.* quos refert & sequitur Mascard. *de probat. conclus. 526. nu. 11. vol. 1.* 52

Secundo respondetur, præsumptionem illam non procedere, si partes reperiantur inæquales. Ita præsumptionem illam divisionis factæ ex diuturnitate temporis deductam, declarant docendo Bald. & Castrens. *in d. l. per ult. C. commun. dividund.* idem Castrens. *in l. si filius famil. as. n. 8. C. de pet. hered.* Felin. *in c. sicut. col. 15. vers. hanc fallentiam de re judic.* Nicol. de Neapol. *in d. §. quædam. quæst. 4* Trigon. *singul. 123* & consulendo sequuntur Alexand. *cons. 25. n. 16. vol. 5.* Socin. jun. *cons. 15. nu. 23. & cons. 92. nu. 10. & cons. 105. num. 30. vol. 1.* Tob. Non. *cons. 29. num. 15.* & novissime Mascard. *d. conclus. 526. n. 8. & seq.*

Et licet sint qui contrarium teneant, supra nimirum citati, hanc tamen communem esse Doctorum opinionem, affirmat Joseph. Ludov. *decis. Lucens. 48. n. 42.* & de veriori atq; communiori attestatur Tiraquell. *in d. §. per decem annos. vers. 14.* ubi plures allegat, eamque ut veram & communem in judicando & consulendo tenendam esse confirmat Balb. *part. 3. quæst. 10. num. 45.* quibus accedit Anton. Gabriel. *lib. 1. conclus. de præsumpt. conclus. 1. num. 30.* & novissime Mascard. *d. conclus. 526. num. 8. & 9.*

Præter-

Præterquam vero, quod plurium Doctorum authoritate hæc opinio recepta & fulcita est, nititur etiam firmioribus quam contraria rationibus, nimirum quod, ut dictum est, nemo præsumatur iactare suum, atque adeo præsumendum non sit, quod is qui minorem partem possidet consenserit illi divisioni inæquali, & præterea cessat illa ratio, qua dicunt Doctores præsumi factam divisionem, nempe quia agatur de modico præiudicio, quod modicum non est, si partes sint inæquales. Quibus accedit quod multa à lege inducantur atque præsumantur, ut æqualitas potius servetur inter fratres, ut si inæqualitas subsit, contrarium ęqualitati pręsumi non debeat.

Neque vera est ratio Doctorum contra sentientium, quasi licet partes sint inęquales, attamen alter frater vel socius potuerit recipere compensationem in pecunia, q ii, ut respondet Balb. *d. quæst. 10. numer. quadragesimo quinto*, istud motivum non videtur bonum, nec concludit. Non enim sequitur, potuit recipere. Ergo recepit, *l. non hoc. cum ibi notat. Cod. unde cogn. l. ad probationem l. 2. Cod. de probatio.* ubi Baldus notat quod probatio nunquam concludit per possibile, sed debet concludere per necesse vel probabile. Et notum est vulgatum illud Logicorum axioma. A posse ad esse non valere consequentiam. Et accedit secundum Ruin. *consi. 162. numer. decimo septimo, volumin. tertio*, hanc esse solennitatem materialem, quod scilicet interveniat recompensatio facta pecunia & precio, quę quidem solennitas materialis non præsumatur, *§. preciũ, Institut. de empt. & vendit.* Et præterea, inquit Ruinus, inducerentur duo specialia ex eodem cursu temporis, hoc est, divisio facta & datum precium loco rei, quæ duo specialia concurrere non possunt circa eundem actum *leg. prima, C. de dot. promiss.*

Sed expresso etiam textu *l. si soror Cod. de collat.* opinio contraria refelli videtur. Ibi enim Imperatores in hæc verba rescribunt: Si soror tua in paternorum bonorum divisione te fefellit, nec dotem, quam acceperat à patre vestro intestato defuncto contulit, præses provinciæ examinatis partium allegationibus cum bonis dotem confundi iubebit, & quod subducta ratione plus apud eam esse animadverterit, tibi restitui iubebit. Hæc Imperatores. Ex quibus colligitur divisionem etiam factam, sed partibus inæqualibus ad æqualitatem reducendam & divisionem quasi de novo faciendam esse, ut perinde habeatur atque si divisio facta nunquam esset aut certe ut maxime divisio in statu suo maneat ita tamen rationes ineundas esse, ut quod plus est apud alterum, id restituatur minus habenti. Si igitur lex divisionem inæqualem improbat eamque factam etiam ad æqualitatem vult reduci, consequens est ut divisionem inæqualem non præsumat, per ea, quæ late deduxit Menoc. *libro primo, de præsumpt quæst. quadragesima septima, num. 4. & seqq.*

Ad quorum confirmationem facit, quod iure 53 proditum est † divisionem erroneam errore detecto non officere, sed retractari posse, *textus est in l. si post divisionem, & ibid. Dd. communiter, ff. de jur. & fact. ignorant. & in d. leg. cum putarem & in leg. tertia, Cod. commun. utriusque judic.* & convincitur ratione iuris, siquidem divisio inter fratres vel socios facta nihil est aliud, quàm ratio inter eos composita & reddita.

Nam perquirunt omnia bona, faciunt partes & æstimant inter se. Atqui † ratio male com- 54 posita & reddita ad compositionem rectam & iustam redigi debet, *l. error Cod. de jur. & fact. ignorant. l. cum servus, ff. de conditio. & demonstratio.* quam rationem ad hoc ita ponderavit Socin. Sen. *consi. 25. numer. quinto, volumin. 4.* & post eum Menoch. *libr. secundo, de arbitrar. judic. quæst. casu 209. in fine.*

Quo pertinet authoritas plurimorum Doctorum, qui in specie responderunt divisionem ex falsa seu erronea causa factam vitiari. Ita responderunt Bald. *consi. 386. volum. 1.* Castrens. *consil. 123 numer. quinto, volum. 2.* Ancharan. *consil. 291. numer. tertio*, Alexand. *consi. 168. numer. primo, volum. 1.* Dec. *consil. 408. numer. 1. & consil. 525. num. r. quinto*, Corn. *consi 278. colum. penultim. volum. quarto*, Socin. Sen. *consil. 25 numer. quarto & 5. volum. 4.* Socin. iun. *consi. 48. numer. 42. & consi. 128 numer. 121. volum. 1.* Jas. *consi. 87. volum. 1.* Cravet. *consi. 26 in fine libr. primo & consil. 188. numer nono, libr. secundo, & consi. 221. numer. octavo.* Decian. *consi. 21. numer. 37. volum. 2.* Pancirol. *consi. 1. numer. nonagesimo quinto*, idemque in in lecturis tradiderunt Bald. *in rubric. de constitut. pecun. column prima, versic. Deinde venio ad causam & in l. nec apud. Cod. de hæredit institut.* Castren. *in leg. fin. Parag. idem quæsit, ff. de condict. ind. b.* Alexand. *in dict. leg. si soror, in fine, & ibidem* Dec. *notab. 2.*

Ita † causam falsam seu erroneam vitiare pri- 55 vilegium tradit glos. *in cap quia circa. de consanguin. & affin.* Dec. *consi. 373. numer. 13* qui post Cardin. *consi. 69.* Panormit. *consil. 101. volum. 1.* dicit unionem Ecclesiarum reddi nullam ex causa erronea, quod etiam probat Cravet. *consi. 258. num. 12* Idem de dispensatione ex falsa causa respondit Dec. *consi. 602. num. 16. & consi. 603. nu. 9.* & de rescripto Paris *consi. 51. nu. 27. vol. 4.* Imo vitiatur etiam iuramentum ex causa falsa vel erronea præstitum, ut respondit Paris. *consi. 96. n. 24. vol. 1.* Ita etiam falsam causam vitiare in solutum dationẽ censuit Paris *consi. 81. n. 24. vol. 2.* Ita etiam vitiat heredis institutionem sicuti respondit Barbat. *consi. 27. colum. 7. volum. 1.* Et magis in specie dicimus falsam causam vitiare transanctionem, quæ divisioni æquiparatur, iuxta tradita à Barbat. *consi. 16. colum. penultim. & ultim. volum. 3.* & vitiare laudum latum ab arbitris, quemadmodum responditParis. *consi. 24. num. 146. vol. 2.* Dec. *consi. 475. nu. 14. & 15.* imo & iudicij decretum ob causam falsam sive erroneam vitiari, responderunt Barbat. *consi. 6. col. 10. vol. 4.* & Paris. *consi. 89. n. 59. vol. 1.*

Cum igitur in facto præsupponatur Dn. O. & H. multo plus possidere de bonis relictis ab H. quam possideant Dn. L. & H. atq; adeo inter ipsos hac in re sit tanta inæqualitas ut multa agrorum iugera Domino L. & H. desint, eaque res non sit modici, sed magni præiudicii, tantum abest, ut in casu proposito divisio ex diuturnitate temporis præsumenda sit, ut et-

iamsi constaret & certum esset divisionem revera factam esse, illa ob summam hanc inæqualitatem revocanda, & quod subducta ratione, ut Imperatores *in dict. leg. Si soror*, loquuntur, plus apud Dn. O. & H. repertum fuerit, id Dn. I. & H. restituendum esset.

Non etiam obstat secundum argumentum divisionis factæ quod in taciturnitate & patientia consulentium fundatum est. Etsi enim † in
56 his quæ præiudicii sunt non admodum magni, ex patientia & scientia consensus arguatur, ut notatur *in l. penultim. C. commun. divid.* est communis Doctorum opinio secundum Bartolum, *in l. quæ dotis numer.* 20. *ff. solut. matrimon.* & Alexand. *consil.* 113. *numer.* 9. *volum.* 4. id tamen verum non est in his, quæ præiudicii sunt magni, ut docet Cror. *in repetit. l. non solum, §. morte, numer.* 93. *ff. de oper. nov. nunciat.* Joann. Rubert. *in repetit. l. unica, nume.* 70. *versic. vel potest dici, ff. si cert. petat.* & consuluit Socin. Sen. *consi.* 6. *numer. sexto, versic. sed in his, volumin tertio.* Cephal. *consi.* 133. *nume.* 126. *libr. primo*, imo si actus partim onerosus, partim utilis sit, scientiam tamen & patientiam non inducere consensum respondit Alexand. *cons.* 152. *numer.* 9. *volum.* 7.

Deinde ita demum ex patientia & taciturnitate consensus inducitur, si cum illa coniuncta sit scientia, *ut notatur in leg. secunda, Cod. de acquir. vel retin. possess. & in leg. item quæritur, §. fin. ff. locat. gloss. in leg. Mæniana Cod. de ædific. privat. Bartol. in dict. leg. quæ dotis, & in leg. prima Cod. de relat. libr. undecimo, Angel. in l. si filius Cod. de petit. heredit. Jas. in l. si procurator, colum. penultim. circa med. ff. de condict. indeb. Sap. in l. qui se patris, numer. vigesimo quarto, Cod. unde liber. Dec. & cæteri Dd communiter in dict. leg. si certis annis, Felin. in c. paternitatis columm. quarta, de testib. Imol. in cap. cum Eccles. Sutrina numer. vigesimo quinto, de caus. possess. & propriet. Dec. cons.* 409. *numer. sexto. Angel. consi.* 126 *numer. secundo. Natt. consi.* 274. *numer. undecimo, & consi.* 257. *numer. septimo, volum. secundo, Cephal. consi.* 272. *numer. tertio, libr. secundo.*

At vero in facto præsupponitur hanc causam in magnum præiudicium & damnum Dn. I. & H. vergere si bona quæstionis non dividerentur: & vero cum uterque tempore mortis patris sui I. adhuc minorennis fuerit, quin etiã militiæ partim, partim studiorum causa absens maxime verosimile est utrumque conditionem horum bo-
57 norum ignorasse. Præterquam enim quod † ignorantia præsumitur, & quæ ipsi contraria est scientia probanda est, si allegatur, *per c. præsumitur de regul. jur. & infinitos alios allegatos à Mascardo de probat. conclus.* 879. *num.* 1. *volum.* 2. *& novissime à Menoch. de præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 23. *per discursum*, in
58 specie † etiam de absente & homine teneræ ætatis sive minorenni, quod præsumatur ignorare res suas ex eo apparet, quod absenti vel minori etiam publice factum ignorare liceat, *ut est text. in leg. is potest, ff. de acquirend. vel omitt. heredit. & in l. fin. ff. de decret. ab ordi. facien. Mascar. d. concl.* 879. *n.* 19. *&* 20.

Et in specie sive in terminis patientiam hoc casu non obstare docuit Sichard. *in dict. leg. si major numer. sexto*, ubi ita dicit. Absens patiendo per longum tempus patrem administrare res communes, videtur tacite renunciare communioni, ita ut contra agentem illum possit excipi de longa possessione, item de scientia & patientia: tamen eo non obstante contrarium est verius, nimirum communionem non solvi hoc pacto ut tradunt Doctores præsertim Bald. quem sequitur Castrens. *in leg. licet, Cod. de jure deliberand.* Et cum dicitur patientiam & scientiam fratris induxisse consensum, ad hoc ipsi respondent, notabiliter, verum esse scientiam & patientiam regulariter inducere consensum, si magnum tempus interveniat in rebus quæ sunt parvi præiudicii, ut est fortassis in servitutibus, quæ domino nõ obsunt, si autem ageretur in re magni pjudicii, scilicet de periculo dominii vel amissione rei (ut in nostro casu) ibi scientia & patientia nihil operantur. Hactenus Sichardus, qui cum dicat etiamsi scientia & patientia coniuncta sit, nihil tamen illas operari, multo minus operabitur quidquam patientia sola sine scientia, *argum. deducto à minori ad majus, de quo Nicol. Everhard. in locis legalib.*

Cum igitur aliæ causæ nimirum absentiæ, minoris ætatis, ignorantiæ, necessitatis non urgentis & si quæ sunt eiusmodi aliæ allegari possint, cur rerum istarum, quæ jam controversæ sunt, divisio facta non sit, eæ potius, præsertim cum etiam sint plures, sunt attendendæ, quam unica illa patientiæ causa, ex qua divisio facta esse prætenditur.

Interpretatio † enim ea amplectenda est, 59
qua æqualitas conservatur, prout servatur æqualitas interpretatione contra divisionem prætensam, nimirum quod facta non sit admissa per notata à Socin. *in leg. si ita legatum sit, ff. de condition. & demonstratio.* Bartol. *in l. Lucius, columna tertia, versicu. pone quod testator. ff. de vulgar. & pupill.* Angel. *consi. sexto, columna sexta, & consi.* 153. *columna tertia. versicu. Confirmatur ista conclusio.* Socin. *consi.* 98. *columna tertia, in princip. & consi.* 18. *numer. quarto, & consi.* 61. *numer. undecimo, volum.* 4. & quæ æquitatem sapit, *l in his. ff. de conditio. & demonstratio. Socin. Sen. cons.* 150. *columm. septima, in fine, volum.* 2. *Cravet. consi.* 70. *numer. decimo tertio, volum.* 1. Sicuti è contra reiici debet illa interpretatio, quæ iniquitatem habet, ut post alios respondit, Cravet. *consi.* 186. *numer. decimo quarto, volum.* 2. ideoque interpretatio ita facienda est quo minus partibus præiudicetur, quam est possibile, ut consuluit Panormit. *consi.* 7. *in fine, volum.* 1. per textum *in leg. tertia. ff. de suspect. tutor.* ne altera partium decepta suoque iure fraudata remaneat, *leg. tertia, Paragraph. primo, ff. de recept. arbitr. Cravet. consi.* 33. *numer. septuagesimo quinto, & consi. nonagesimo primo, nume. undecimo, vol.* 1 *& consil.* 245. *nu.* 9. *vol.* 2.

Quod autem affertur de ratificatione divisionis perperam factæ per lapsum quadriennii aut quinquennii, id ad præsentem casum non pertinet, quia nec versamur in terminis divisionis omnino non factæ, aut saltem de qua dubitetur an facta sit necne, illud autem procedit in terminis divisionis, de qua certo constat, quod facta sit, sed in qualitate aut quantitate defectuosa est, ut videre est apud Doctores ad hoc supra allegatos.

Tam-

Tametsi illa etiam disputatio de inducta solenni divisione per lapsum decennii satis sit controversa, & ob textus & rationes iuris, quin & authoritates tot excellentium Doctorum paulo ante in medium allatas, de divisione inæqualiter facta retractanda, in eam sententiam essemus proclviores, ut non obstante cursu decennii retractari divisio nihilominus possit, si modo reperiatur aliqua in divisione inæqualitas: & contraria sententia tum demum locum habeat, si nulla subsit inæqualitas, quæ interpretatio & conciliatio ita necessario facienda est, ne Doctores sibi ipsis contrarii deprehendantur. Contrarietas
60 enim † vitanda est, *cap. inter dilectos, de fide instrument.* cuius argumento affirmant ex Doctoribus quam plurimi, omnem dispositionem sic debere intelligi, ne repugnantiæ in ea reperiantur Decius *in l. ubi repugnantia, in fine, ff. de regul. iur. & consi.* 517 *numer. quarto*, Socin. iun. *consil.* 115. *numer. decimo sexto, volum. primo*, Paris. *consi.* 102. *numer. decimo nono, volum. primo*, *Alciat. de præsump.*
61 *reg. 2. præsumpt. trigesima prima*, Et † inter Doctores discordantes potior eorum authoritas habenda est, qui dicti sui rationes afferunt, *Bald. in l. presbyteri, in fine Cod. de Episcop. & Cleric.* Alexand. *in leg. prima, in princip. ff. de oper. nov. nunciat.* Dec. *in leg prima, numer. decimo nono, ff. si*
62 *cert. petat.* Corset. *sing.* 354. Et † in certamine opinionum ea vincere solet, in qua distinctio adhibetur *l. si finita, §. illud, ff. de damn. infect. l. adeo §. cum quis, ff. de acquirend. rer. domin. c. super literis, de rescript. c. literas, ubi gloss. in verb. mediam, de restitut. spoliat.* Nevizan. *lib 5. Sylva nupt. numer. trigesimo secundo*, Curt. iun. *consi.* 10. *in fine*, Paris. *consi.* 47. *numer.* 76. *volum. tertio*, Menoch. *consi.* 257. *numer. octuagesimo secundo, libr. tertio, & alij quos allegat Riminald. in princip. titul. de donat. numer. vigesimo tertio, allatus à Fichardo in additionibus ad Villalob. in thesaur. commun. opinion. liter. O. numer. decimo octavo.*

Multo minus obstat argumentum tertium, quia respondetur ex vulgato Logicorum axiomate, à puris particularibus non valere consequentiam. Neque enim sequitur, hæc bona divisa sunt: Ergo & illa: idque in casu proposito tanto minus sequitur, quod ex schedula divisionis super cæteris bonis facta apparet bona controversa indivisa mansisse, & eo usque indivisa apud R. eiusque heredes manere debuisse, donec J. eiusque heredes iis opus haberent, & ut verba formalia sonant biß zu der Zeit J oder die seine die Länder mit allem andern selber zugebrauchen notturfftig seyn / sollen sie dann getrewlich getheilet werden.

Ex quo & illud patet I. nō posse illius negligentiæ argui, quia non longo intervallo post diem suum, & dum vixit portione sibi debita non indiguit: neque etiam I. & H. ipsius filios incusari posse, quia absentes fuerunt ex causa ꝑbabili, q̃a minorēnes fuerūt, q̃a nec ipsi forte bonis iis indiguerūt, & cū nūc iis opus habeāt & ad cōmunionē provocent, divisio non est neganda, sed gratia potius habenda, quod adversarios suos tanti temporis spacio iis uti passi sunt.

Quamvis autem ex recessu sive conventione in anno 1555. inita appareat bona dividenda fuisse, propterea tamen non sequuntur revera etiam illa omnia divisa fuisse.

Multa † enim tractantur, quæ non perficiuntur, aut ad conclusionem deducuntur, *Bald. in l. multum, numer. vigesimo sexto, Cod. si quis alter. vel sibi. l. sciendum, §. dictum, ff. de adilit. edict. l. si ex causa, §. nunc videndum. ff. de minor. c. dudum. de reb. Eccles. non alienand.* Alexand. *consil.* 13. *numer.* 17. *& consi.* 18. *numer. secundo, & consil.* 28. *num. tertio, volumin. primo*, Mascard. *de probat. conclus.* 617. *numer. primo, volum. secundo*, Ita ex solo tractatu de emendo non probari emptionem perfectam esse tradit Purpurat. *in l. cum quid. numer.* 117. *versic. Et ista ampliatio, ff. si cert. petat.* Alexand. *d. consi.* 18. *numer. secundo*, quibus accedit Dec. *in l. si ego. numer. tertio, & in l non omnis, nume. secundo, ff. si cert. petat.* Nam contractuum præparatoria seu tractatus multum differunt à contractu perfecto, & ante conclusionem contrahentes non dicuntur contraxisse sed contrahere velle, *Bald. in c. in causis, columm. secunda, de elect. Bero. in c. nulli, columm. secunda, de his quæ fiunt à prælat. gloss. in c. tua nuper, eod.* Menoch. *de arbitrat. judic. quæst. casu* 470 *per discursum, Gail. 1. observ. pract.* 140. *in fine.* 63

Conclusio † autem sive consummatio negocii attendenda est, quicquid etiam antea dictum appareat, *l. si voluntate tua, ubi Bald. & alij C. de rescind. vendit. Bald. in l. domum, C. de rei vindicat. & in l. præscriptio in fine Cod. si contr. jus vel utilit.* Innocent. *in dict. cap. super literis, de rescript. Jas. in l. fin. §. idem respondit, ff. de verbor. obligat.* Decius *cons.* 404. *numer. undecimo, Roll. à Vall. consil nonagesimo, numer. duodecimo, & 13 volumin. 2. Afflict. decis. Neapolit.* 77. *numer. septimo*, ut sicut vulgo dicitur non præsumi plus esse præscriptum, quam sit possessum, ita non immerito dici possit, non præsumi plus esse divisum, quam de quo quod divisum sit appareat, præsertim cum schedula divisionis expresse etiam ostendat divisionem in cæteris quidem bonis ita factam esse, ut uterque fratrum suam portionem in possessionem acceperit, bona autem controversa divisa non esse, sed communia mansisse & R. utenda relicta esse, donec illis I. ipsiusve heredes opus haberent, qui casus cum nunc contigerit divisio ullo jure impediri aut negari non potest. 64

Quod ad cætera argumenta divisionis factæ attinet, ea in meris coniecturis & præsumptionibus, sicut & superiora, sunt posita, quæ contrariis coniecturis & præsumptionibus ex parte supra deductis tolluntur. Præsumptionem † enim præsumptione tolli sunt textus. *in l. divus, ff. de in integ. restitut. & in l. non solum. ff. de ritu nupt. & in c. transmissa qui fil. sint legitim gloss. in cap. ex literis, verb. ad plenum de restitutio. in integr.* quos adducunt. Craver. *cons.* 250. *numer. secundo, & consil.* 258. *numer. vigesimo primo, volumin. secundo.* Gail. 2. *observatio. practic. nonagesima septima, numer. decimo octavo.* Menoch. *de arbitrar. judic. quæst. libro primo, quæstio. septuagesima sexta, numer. decimo nono, & de præsumpt. libr. primo. quæstio. trigesima. per discursum.* 65

In proposito autem coniecturas sive præsumptiones allatas pro parte negativa, hoc est divisionem factam non esse tollere coniecturas

ctures sive præsumptiones deductas pro parte affirmativa, hoc est divisionem factam esse ex sequentibus manifestum evadit.

Primum enim pro parte negativa præsumptiones sunt plures, quam pro parte affirmativa. At præsumptiones pauciores vinci & tolli à pluribus notatur *in Authentic. de consanguin. & uterin. frat. & in c. 1. de treug. & pace*, idque sequitur, Bald. *in l. filium numer. 2. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt* Alciat. *de præsumpt. regul. 3 præsumpt. 37. numer. 9. & seq.* Dec. *consil. 470. numer. decimo* Socin. jun. *consil. 59. numer. 10. volum 2.* Cravet. *consil. 145. numer. 11 volum. 1.* Grat. *resp. 55. numer. 39. volum. 1.* Bursat. *consi. 19. numer. 27. lib. 1.* & hanc vulgarem esse regulam dicit idem Burs. *cons. 272. n. 7. li. 3.*

Secundo, quin imo etiam una sola præsumptio multum valida & efficax, perimit ac diluit plures, quæ sunt infirmiores & debiles *secundum Bald. in l. non ignorat. colum. 1. in fine, C. qui accus. non poss. Paru. consi. 10 numer. 25. & consi. 11. numer. vigesimo sexto, volum. 2. Menoch. de præsumpt. libr. 1. quæst. 30 num. 5.*

At vero in casu proposito deductæ sunt supra pro parte negativa præsumptiones, non una duntaxat, sed plures etiam multo fortiores & potentiores, quam sint eæ pro affirmativa, ut hic locum habeat etiã regula ista, qua dicitur præsumptionem minorem & infirmiorem cedere maiori & validiori, ad quod est text. *in c. literas. de præsumpt.* & gloss. *in c. transmissæ de foro compet. & in c. Michael de fil. presbyter.* & post illa Barto. *in dict. leg. divus*, Idem Bartol. & alii *in l. transactionem. Cod de transact.* Decius *in c. quoniam numer. 8. de offic deleg.* Jas. *in l. jam hoc jure, colum. 2. circa finem, ff. de vulg. & pupill.* Ripa *in repetit. dict. leg admonendi numer. 211.* Alciat. *de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 9. numer. 16. & resp. 269. numer. 2.* Curt. jun. *consi. 35. numer. 6. & consi. 163. numer. 22.* Cravet. *consil. 145. numer. 11. & consil. 149. nu. 17* Grat. *consi 54. num. 40 vol. 4* Burs. *consil. 15. n. 22. li. 1. & cons 340. n. 34. li. 3.*

66 Etsi † vero in iudicis arbitrio sit æstimare, quæ præsumptiones aliis fortiores sint ac validiores. *Panorm. in c. cum R. num 5. de elect. & in c. accedens num. 4. de crim. fals. Nicol. Euerhard. in loco legali, à verosimili num. 14. Menoch. de arbitrar. judic. quæst libr secund. casu 472. numer. primo.* sunt tamen casus quidam à Doctoribus utriusq; Scholæ notati, ex quibus iudex hoc suum arbitrium informare possit, quos retulit Menoch. *d. casu 472. & de præsumpt. li. 1. præsumpt 29. per discursum.*

Eiusmodi ad propositum nostrum facientes sunt hæ sequentes: Quod nimirum præsumptiones quæ stant pro Dn. I. & H. sunt negativæ, quæ pro Dn. O. & H. sunt affirmativæ. Præsumptio

67 autem † negativa est potentior affirmativa, *Bal. in l. filium, lect. 1 numer. 7. ff. de his, qui sui vel alien jur. sunt. Paru. cons. 29. num. 83. vol. 2 Menoch. d. casu 472.*

68 *n. 27. & d. quæst. 29. num. 13.* & † in genere traditum est negativam potentius negare quam affirmet affirmativa. *gl. in l. hoc genus. ff. de condit. & demonstrat. gl. in c. cum dilectus de consuetud. Ias. in l. dect.*

69 *colum. 4. ff. de verb. obligat.* & † quia regula negativa prævalet affirmativæ; pro negativa etiam iudicandum est, ut dicunt Bartol. *in d. l 3. ff de suspe. tutor.* Dec. *cons. 567. num. 2. & 3.* Decia. *cons. 1. num. 263. vol. 2.*

Quod præsumptiones quæ stant pro Dn. I. & H. sunt specialiores, cum contrariæ generales sint. At † speciales potentiores esse generalibus notatur *in dict. leg. divus. & in dict. leg. cum de indebito*, idque sequuntur. Bald. *in dict. leg. sive possidetis, colum. 1. versic. ultimo oppono.* Paris. *d. consil. 29. numer. 87.* Cravet. *cons. 258. numer. 11.* Menoch. *d. casu 472. numer. 14. & d. quæst. 29. numer. 7.* ubi præterea allegat Natta. *cons. 164. numer. 8. volum. 1.* & Riminald. jun. *in l. precibus, numer. 417. C. de impub. & al. substit.* 70

Quod præsumptiones quæ stant pro Dn. I. & H. benigniores sunt, cum contrariæ minus sint benignæ, quippe quod illæ sint de damno evitando hæ de lucro captando. At † præsumptio illa iudicatur esse potentior quæ est benignior *Bartol. in l si pupillo ff. ad leg. Falcid. Castrens. in leg. secunda, numer. 7. C. qui testament. fac poss. Caccialup. in l. omnes populi numer. 39. ff. de justit. & jure. Cravet. consil 316. numer. 42. volum. 3. Menoch. d. casu 472. numer. 7. & d. quæst. 29. num. 5.* Et in † specie quod potior sit causa certantium de damno evitãdo, quam de lucro captando tex. est *in l. verum, §. fin.* ubi Bartol. *ff. de minor.* Idem Bartol. *in Auth. quas actiones num. 3 C. de sacrosanct. Eccles.* Panormi. *in c. in præsentia, de probat.* Dec. *in l. non debet actori. §. in re obscura ff. de regul. jur.* Et quoniam hæc præsumptio benignior est eo ipso reputatur esse specialis per doctrinam Bartoli *in extravag. ad reprimendam versic. non obstantibus per l. benignius. ff. de legib.* Ruin. *cons. 100. num. 4. vol. 3.* Crave. *cons. 674. n. 41. vol. 4.* 71 72

Quod præsumptiones quæ stant pro Dn. I. & H. eiusmodi sint, ut per ipsas evitetur inæqualitas, reducendo nimirum divisionem si quæ facta est ad æqualitatem.

At † illa præsumptio potentior est & validior qua inæqualia vitantur, ut docuit Zuchard. *in rubr. ff. si cert. petat num. 51.* Menoch. *d. quæst. 29. n. 16.* 73

Quod præsumptiones quæ stant pro Dn. I. & H. sunt verosimiliores, quam adversariorum, ut ex facti circumstantiis supra deductis facile colligi potest. At † coniectura & præsumptio illa potentior est & validior quæ verosimilitudini magis convenit, *Bald. in dict. leg. sive possidetis, in fine, Jas. in l. si extraneus, num. 9. ff. de condict. ob caus.* Curt. jun. *consi. 178. columna prima*, Cravet. *cons. 662. nu. 22. vol. 4.* Menoch. *d. Cas. 472. num. 22. & d. quæst. 29. num. 10.* 74

Quibus omnibus accedit schedula divisionis supradicta, per quam præsumptiones per se alias satis potentes & validæ tanto potentiores & validiores redduntur, siquidem schedula illa, per ea quæ supradicta sunt, probationem inducit minimùm semiplenam, ad quod faciunt scripta à Menoch. *de præsumpt. libr. primo, quæstio. trigesima secunda*, quæ probatio semiplena iuncta præsumptionibus efficit probationem plenam divisionis non factæ, per tradita ab eodem Menoch. *eodem libro primo, quæstio. trigesima nona, per discursum.*

Hoc modo prætensa probatione divisionis factæ contrariis probationibus sublata, quin etiã argumentis & præsumptionibus pro ista probatione in speciem facientibus computatis, ordo nunc

75 do nunc in proposito obstare possit, Quin † enim Dn. O. & H. pluribus exceptionibus uti possint nullum est dubium, *c. nullus plur. bus de regul. jur. in 6 l. nemo ex his, ff. eod l. is qui dicit & l. nemo, ff. de except.* etiam si sibi invicem essent contrariæ, *Decian. cons. 100 n. 30 vol. 3.*

Sed nec prætensæ præscriptionis ullam habendam esse rationem ex eo colligi potest, quod
76 præscriptionis † requisita multa sint, Paris. *consil. 20. numer. vigesimo sexto, volumin primo*, Wesembec. *consil. 7. numer. sexto. versic. præscriptione quoque*, eaque cum omnibus suis qualitatibus probanda sit, *cap. 1. ubi hoc notat. Phil. Franc. notab. 1. de præscript. in 6.* Paris. *consil. 27. numer. nonagesimo, volumin primo*, Bursat. *consil. 66. numer. nono, libr. primo*, adeo ut uno etiam requisito deficiente, licet probata sint cætera omnia, deficiat etiam præscriptio, Jason *in leg prima. numer. quadragesimo, & quadragesimo primo, Codic. de serv. fugit.* Bald. *de præscriptio. p. 3. partis tertiæ, princip. quæst. 5. numer. 7. & 8.*

Inter illa vero requisita potissimum est bona
77 fides, siquidem † is qui in mala est fide ullo tempore præscribere nequeat, *c. fin. de præscript. c. possessor. de regul. jur. in 6. gloss. in cap 1 de præscript. in 6.* Angel. *in §. furtiva, Institut. de usucap.* Panormit. *consil. 19. volumin. secundo*, Socinian. *consil. 63, numer. 15. volumin secundo*, Gozadin. *consil. 56. numer. decimo tertio*, Paris. *dict consil. 27 nume. 115. & sequent.* Craver. *consil. 146 volum. 1* Balb. *qui pluries dicit eam communem esse p. 2. partis tertiæ, princip. quæst. 13. quod certum esse dicit* Fichard. *consil. 13. numer. 17. volumin secundo*, & Menoch. *cons. 211. numer. quadragesimo, libr. tertio*, Bursat. *consil. 66 numer. octavo, libr. 1* ubi dicit, quod præscriptio cum mala fide non procedat, etiamsi id lege vel statuto expresse caveretur.

Atque hoc verum est etiamsi lapsum esset tempus, cujus initii memoria in contrarium nõ existat. *gloss & Dd in cap. 1. de præscript. in 6* Panormit. *in cap. fina. de constitutio. Ripa in dict. cap. cum in Eccles. Sutrin. numer. nonagesimo nono, Ioann. Andr. in dict. cap. si diligenti.* Calcan. *consil. 6. numer. 9. Rube. cons. 13. nume. 14.* Paris. *consil. 79 numer. 24. & consil. 111. numer. 32 & seq volum. 1.* Cravet. *cons. 146. num. 2. volum. 1 & hanc veram esse dicit* Balb. *d. part. 3. quæ. 6. num. 20. versic. sed contrarium.* Zas. *consil. 16. numer. 51. volu. 2. ubi dicit, cessare præscriptionem etiamsi per mille millia annorum durasset, quem refert & sequ.tur.* Fichard. *cons. 148. n. 18. vol. 2.*

78 Quod † omne, etsi ex iure Canonum procedat huic tamen standum est, cũ in eo de peccato vitando agatur, ita volunt gl. of. Ioan. Andr. & alii *in dict. cap. fin. & in d. cap. possessor.* Hostiens. *in summ. de præscript. rer. immobil. §. verum colum. 1 & 2.* Bald. & Angel. *in l. super longi C de præscript long temp.* Paris. *cons. 92. num. 30. volum. 3.* & servandum esse in foro non tantum Ecclesiastico sed etiam seculari responderunt Paris. *d. cons. 112. num. 32. volum. 1. & cons. 13. num. 51. volum 2 & cons. 66. numer. 98 volum. 3.* Roland. à Vall. *cons. 6. num. 42. volu. 3.* Mynsing *resp 41. numer. 11. & seq.* Modest Pistor. *consil. 27. numer. 59. volum. 1.* Beninten 1. *de if. Bonon. 9. numer. 3.* Ferrat. *caut. 38.* Cepha *cons. 724. numer. 43. libr. 5.* ubi dicit, *l. omnes & l sicut Cod de præscript. 30. vel 40. annorum* correctas esse, atque omnes ita scribere *in c. fin. de præscriptio.* attestatur Menoch. *consil. 201. numer. 108. libr. 3* & secundum eam sententiam in Camera Imperiali sæpius iudicatum esse testes sunt locupletissimi Cameræ illius olim assessores Mynsing. *observat. 6. cent. 4.* & Gail. *2. obser. pract. 18. n. 7.* ut non immerito responderit Mynsing. *resp. 21. n. 24.* illi sententiæ in iudicio standum esse.

Nunc dubium nullum est, quin † rei alienæ 79
scientia malam fidem inducat. *c. si virgo 34. quæst. 2. l. fin. ubi Bartol. & cæteri Cod. unde vi,* Bartol. *in l. illud, ff. de petit. heredit.* Bald. *consil. 13. circa finem, volum. primo.* Paris. *consil. 49, numer. trigesimo volumin. secundo*, Cravet. *consil. 116. numer sexto. libr. primo*, Cephal. *cons 161. numer trigesimo primo lib. 2. & dict. cons. 724. nu. 48. & seq* Mascar. *de proba. conclu. 1002. n. 6. vol 2.*

Et in specie malam fidem argui quando quis scit rem ad alium pertinere in totum vel pro parte docet Bartol. *in leg. fin. Cod unde vi, & in l illud ff. de petit. hered. & in l. Jur enim. ff de usucap.* Bal. *in leg. post sententia col. penulti. vers. extra glosam C. de sent.*

Scientiam autem rei alienæ pro portione fratri suo I. in bonis conversis debita R. patrem O. & H. habuisse, eo ipso probatur, quod inde ab initio possessionis suæ, quæ contemplatione portionis I. debitæ precaria fuit, scivit portionem illam non esse suam sed fratris sui, quæ scientia ab eo tolli non potuit, nisi probetur ex adverso divisionem factam, aut quo alio modo I. iure suo in bonis illis cessisse, cuiusmodi tamen nihil probari potest.

Et sicut † nemo sibi ipsi titulum possessio- 80
nis immutare potest *per tradita ab Andr. Gail. de arrest. cap. sexto nume. decimo tertio.* ita nec scientiam, quæ manet, ut maxime quis contrarium scire sibi proponat. Ita R. scivit bona controversa non sibi soli sed sibi & fratri I. ex æquis portionibus a patre suo communi iure hereditario obvenisse: ita scivit se bonis illis uti non ut in solidum suis, sed pro parte ut suis pro parte ut alienis: ita scivit se portione fratris sui uti precario aut iure conductionis: ita scivit dividi illa debuisse, nec tamen divisa esse: ita scivit teneri se & heredes suos ex conventione in ipsa cæterorum bonorum divisione inita etiam hæc in divisionem admittere, si peteretur.

Sane fuisset illa ignorantia R. ut tuis affectata, si ignorare voluisset bona controversa pro parte ad fratrem suum. I. pertinere. Ignorantia enim affectata dicitur, quando † quis per si- 81
mulationem aliquid ignorat, videlicet quando scire potuit, sed noluit, vel etiam se scire dissimulat, *ut tradit gloss. in cap. eos, verb. affectata de tempor ordina. in sexto, & in cap. final. §. tu autem, verb. scienter. de offic delegat. in sexto*, Andr. Gail. *2. observat practic. quadragesima octava, numer. decimo octavo. versic. Dicitur autem ignorantia.* Mascard. *de probatio. conclus. 879. numer. trigesimo tertio, volumin. secundo*, itaque ignorantia pro scientia habetur & non minus quam scientia malam fidem inducit, quia † tam in culpa est qui scire debuit, quam 82
qui scit, *leg. quod te & ibi gl. ff. si cert. petat. ubi omnes & l. sed nõ ff de acq. vel omit. her.* ubi Ang. ait paria esse sci-

se scire & scire posse, cum infinitis aliis adductis à Wesembec. *cons.8.num.36.* & multo magis paria sunt scire, sed dissimulare se scire. Quo pertinet quod rescripsit Imp. *in l. fin. C. unde vi*, quod omnes scire debent quod suum non est, hoc ad alios omnibus modis pertinere.

Quibus consequens est R. bonam fidem in præscribenda hac portione fratri suo I. debita habere non potuisse, neque etiam dum viveret habuisse, atque adeo præscribere non potuisse.

Quæ mala fides extra omnem controversiam obstaret R. si etiamnum viveret & se præscriptionis exceptione adversus Dn. I. & H. tueri vellet, per iura supra diffuse allegata. Sed eandem illam patris malam fidem filiis etiam obstare quo minus præscriptione sese iuvare possint
83 probatur vulgata illo iuris axiomate, quod † mala fides authoris noceat successori, *text. est in leg. si ego, §. partus. ff. de public. in rem act. l. sequitur, § heres. ff. de usucap. l. tutor rerum, ff. de administratio. tutor. & ibidem gloss. l. cum heres, ff. de divers. & temporal. præscript.* Cephal. *consil.* 315. *numer. decimo nono libr. tertio. atque omnes ita sentire respondit* Tiber. Decian. *consi.* 24. *numer. vigesimo secundo, volum. primo, & communem esse testatur idem* Decian. *consi. 2. numer. 197. volum. 1.* Rol. à Val. *consi. 6. n.* 47. *volum. 3.*

Adeo autem mala fides autoris nocet successori sive heredi ut heres etiamsi ex persona sua præscriptionem incoare velit, præscribere tamen non possit, Dec. *in c. Eccles. S. Mariæ, columnn. duodecima. in fine numer. trigesimo, de constitutio.* Alexand. *cons. 4. columnn. penultim. volum. secundo, & consi 63. columnn. tertia, numer. decimo, & cons.* 89. *columnn. tertia, volum. quarto,* Calcan. *consi. 26. in fin.* *Capra consi. 40.* Jas. *cons. 303. colum. 2. versic. nec obstat.* Curt. iun. *cons. 177. colum. fin. & consi. 181. colum fin.* Gozadin. *consi. 1. columnn. octava, circa finem.* Rube. *consi. 13. columnn. quarta. in fine. Pariz. consi. 29 numer. vigesimo quarto, volum. primo,* Cravet. *cons.* 146. *volum. primo, quam communem dicit* Balb. *d. part. 2. quæst. 12. numer. duodecimo,* Tiraquell. *de retractat. consanguin. Paragraph. 35. gloss. 4 numer. trigesimo quinto,* Menoch. *dict. consi. 231. num. 42.*

Et licet Dynus *in dict. cap. possessor.* affirmet, si heres à se incipere velit præscriptionem, & ipse bonam fidem habeat posse eiusmodi præscriptionem de æquitate Canonica sustineri ac defendi, etsi defunctus in mala fide fuerit, in contrarium tamen esse communem opinionem pluribus confirmant Decian. *cons. 2. numer.* 197. *& seq. volumin. 1.* Menoch. *dict. consil. 231. numer.* 42. Modest. Pistor. *cons. 27. numer. 58. volum. 1.* eamque veriorem & æquiorem censet, Alexan. *in l. Pomponius, §. cum quis, numer. 20. versic. sed Imol. & Abb. ff. de acquirend. vel amittend. possess.* & ibidem Jason dicit eam magis communem esse. Idem testatur Fel. *in d. c. si diligenti, col. 4. vers. contra opinionẽ famosã* addẽs paucos ab hac opinione recedere, & ideo ab hac opinione in cõsulẽdo & iudicãdo nõ esse recedẽdũ dicit Balb. *d. q. 12. n. 11.* atque in terris Imperii observari affirmat *Panor. in d. c. si diligenti.*

Sed & ipsum O. & H. per seipsos rei alienæ scientiam habuisse, atque adeo hactenus in mala fide fuisse, neque à seipsis etiam propterea præscriptionem incoare, multo minus complere potuisse, ex eo constare potest, quod ex recessibus sive instrumentis inter I. & R. toties & diversis vicibus factis, quin etiam ex scheda divisionis auß dem Loßzettel/ cuius sine dubio exemplum æque habent, atque Dn. I. & H. cognoverunt aut certe cognoscere seseque informare potuerunt, quo iure pater ipsorum R. bonis controversis solus usus fuerit. Scientia † enim 84
de contentis in instrumentis & scripturis præsumitur in eo, qui hæc apud se habuerit, *l. non est ferendus, ff. de transact. l. si qua cautiones, ff. famil. erciscund. Aretin. cons. 15. in fine, Ancharan. consi. 170. columnn. secunda,* Castrens. *consi. 94. volum. 2. Panormit. consi. 19. volum. secunda, Dec. consi.* 328. *colu. 3.* Bertrand. *consi. 179 numer. quinto, volum. 4. Pariz. consi. 100. numer. octuagesimo septimo, volumin. primo, & consil. septuagesimo secundo, numer. vigesimo quarto, volumin. quarto.* Cravet. *consil. 193. numer. septimo, volum. 2.* Benintend. *decis. 69. nu. 5. & decis. 71. num 6.*

Nec patrocinatur Dn. O. & H. bonę fidei pręsumptio, quia † illa procedit, nisi de mala pro- 85
betur, per authoritates allegatas à Mascard. *conclus. 224 numer. primo, volum. 1.* quam probationem malæ fidei etiam per præsumptiones & cõiecturas fieri posse voluerunt. Bartol. *in d. ff. leg. Celsus colum. 4. versic. sed qualiter.* Bursat. *cons. 66. numer. 10. lib. 1.* & alii adducti à Mascard. *de proba. vol. 2. conclus. 1002. n. 65.*

Nec etiam prætenso titulo bonam fidem induci ex his quæ mox dicentur manifestum evadet.

Nec ex lapsu triginta annorum bona fides hic præsumi debet, quia † respondetur primo bo- 86
nam fidem ex cursu triginta annorum tum demum præsumi, si agatur de modico præiudicio cuiusmodi in præsenti casu non est. Ita senserunt Anton. de Butr. *in d. c. cum Eccles. Sutrin. colum. fin.* Innocent. *in c. 2 de restitut. in integ.* Ruin. *consi. 41. numer. 22. volum. 1.* & post hos Mascard. *de probat. conclus. 225. n. 20. vol. 1.*

Secundo respondetur licet ex spacio triginta annorum cesset præsumptio malę fidei, propterea tamen non induci præsumptionem bonæ fidei, ut tradunt Bartol. *in l. sed si lege, §. scire, ff. de petit. hered.* Panorm. *in c. de quarta, de præscript.* Alexand *cons. 134, num. 15. volum. 2.* Ruin. *d. consil. 41. num. 30. & seq.* Mascard. *d. conclus. 225 num. decimo nono.*

Tertio respondetur cursu triginta annorum non præsumi bonam sed malam potius fidem, quotiescunq; apparet titulus iniustus, prout hoc casu, ut ex post dicendis apparebit amplius, per ea quæ respondit Paris. *consi. 66. numer. 128, volum. tertio.*

Quarto respondetur ex omnibus supra deductis circumstantiis apparere malæ fidei præsumptionem in proposito fortiorem esse, quo casu, non obstante lapsu temporis præsumptio malæ fidei prævalet præsumptioni bonę fidei, *per tradita* à Mascard. *d. conclus. 225. n. 15.*

Quemadmodum igitur ab initio in proposito bona fides non præsumitur, ita nec processisse dici potest, argumento sumpto à loco à destruct-

struct. anteced. ad destru. consequentis, de quo Nicol. Euerhard. in locis suis legalib.

Multo minus opus fuit in la interpellatione,
87 quia vulgatum est, Non † entis nullas esse qualitates, *l. ejus qui, § p:nultim. ff. si cert. pet. at gloss. in cap. bona memoria el 1. in verb. per rerum naturam, de elect.* quod enim nullum est rumpi aut confirmari nequit, *Cacheran. decis. Pademont. 34. numer. 11. & decis. 39. nume. undecimo*, & privatio semper prosupponit habitum, *vulgata l. decem. ff. de verb. oblig. cum similibus.*

88 Triginta † autem annis præsumptionem malę fidei purgari tum demum verum est, si mala fides sit præsumpta. Si enim vera est mala fides, ut in proposito nostro, ea nunquam tollitur neque purgatur per aliquem temporis lapsum, etiamsi sit longissimum memoriamque hominum excedens. Bartol. *in dict. leg. fin. C. unde vi, Cravet. d. conclus. 225 numero undecimo*, Et vero etiam iuris Canonici ratio contrarium suadet. Illo enim iure ne tempore quidem immemoriali is qui in mala fide est præscribit: At si lapsu temporis mala fides purgaretur, fieret, ut qui malam habet fidem præscriberet, quod cum admittendum non sit ex dispositione iuris Canonici recepti, nec illud alterum admittendum fuerit quasi lapsu temporis mala fides purgaretur.

De titulo quod affertur in proposito est irrelevans. Nam etsi bona controversa iure hereditario obvenerint Domino R. id tamen verum est pro parte sua, non etiam pro parte altera fratri suo debita, quam nullo alio nisi precarii titulo sive locationis habuit.

89 At † vero ex precario vel locatione nulla causatur possessio, Decius *in leg. cum principalis, numer. primo, ff. de regul. jur. Jason in leg. certi condictio. § si numos, nume. trigesimo septimo, ff. si cert. petat. Socin. consil. septuagesimo octavo, column. prima, volumin. tertio, Cravet. consil. 299. numer. tertio, volumin. secundo, Natta, consi. 373. numer. 42. cum similibus.*

90 Præscriptio † autem temporis longissimi tum demum pro titulo habetur, si præscriptio cæteris suis partibus perfecta sit & absoluta, quod de hac prætensa præscriptione dici non potest.

Ex hisce & illud apparet possessionem ad prę scribendum necessariam hic allegari non posse. Dn. R. enim non possedit animo domini, hoc est civiliter, nec nomine suo, sed nomine alieno, par
91 tem nimirum fratri suo Justo debitam. At † prę scriptionem non procedere sine possessione civili, ut maxime possessio naturalis habeatur, post gloss. dicunt omnes *in c. sine possessione. de regul. iur. in 6.* gloss. & Canonistæ *in c. causam quæ, de præscrip.* Legistæ *in l. tertia, § ex contrario, ff. de acquirend. vel amittend. possess.* Habens enim possessionem naturalem tantum, etiam per annos quadraginta nullo modo pręscribit contra dominum habentem possessionem civilem tantum, quam retinet solo animo, ut notatur *in leg. prima, Cod. de servis fugit. & in leg prima. in princip. & in leg. tertia, §. si ex pluribus & in l. clam possidere, §. qui ad nundinas, ubi plene Dd. ff. de acquirend. vel amittend. possess.* Panormit. & alii *in cap. Vigilanti. de præscrip.* ubi communiter tradunt, quod habens possessionem civilem non patiatur præscriptionem, & ibidem, Panormit. *colum. 4. in princip.* dicit antiquo possessori habenti civilem competere remedium contra secundum possidentem naturaliter tantum cum bona fide, quod idem etiam respondit Socin. *consil. 47. colum. penultim. volum. primo* ubi dicit etiamsi quis absens sit nihilominus illum retinere possessionem civilem.

Facit † quod dicitur præscriptionem sine animo præscribendi non procedere, quam utiq; neque R. neque ipsius filii habere potuerunt, cum rem pro dimidia alienam esse sciverint. *Ita docent Bald. in l. cum res, column. secunda, Cod. de probat. Panormit. in cap. consulationibus, de jure patron. & probat textus in l. apud antiquos C. de furt.* 92

Hisce accedit, quod etsi probata essent omnia illa ad præscriptionem necessaria tamen nec sic quidem pręscriptio allegari posset, quoniam nec Dn. I. nec Dn. H. adhuc annum sexagesimum attigit, atque ita tempore mortis patris sui verosimile est utrunque adhuc fuisse pupillum aut minorennem.

Et siquidem pupilli fuerunt, locum habebit illa iuris theorica, quod † præscriptio longissi- 93
mi temporis contra pupillos non procedat, sed dormiat *Balb. de præscript. part. 6. casu 23. Jason consil. septimo, in fine volumine tertio, Cravet. consi. 967. numero trigesimo primo, volumine quinto, Cephal. consil. 161. numero trigesimo tertio, libr. primo, Gabriel. consi. 163. numer. duodecimo.* Menoch. *cons. 305. numer. vigesimo secundo. libr. quarto, Nicol. Euerhard. consi. 162. numer. tertio,* De minoribus vero idem indistincte tradunt Alexand. *cons. trigesimo primo, volum n. quinto, per textum in l. non ignotum. C. quib. non obij. it. long. temp. præscript.* Mynsing. *resp. 33. numer. undecimo*, quod apud omnes extra controversiam est, si cum defuncto, cui minorennes successerunt. præscriptio incoata non sit, *per gloss. in l. unica C. si advers. usucap. Cyn. & Bald. in l. fin. C. in quib. caus. restitut. in integr. necess. non est.* Paris. *cons. 66. numer. 115. volum 3. Rol. à Valle consi. 6. num. 9. volum. 3.*

Quæ in proposito casu tanto fortius procedunt, quod præscriptione prætensa admissa Dn. I. & H. enormiter læderentur, quo casu † iura 94
dicunt præscriptionem cessare, per ea quæ tradit Ruin. *consil. 170. numer. trigesimo quarto, & seq. volum. primo*, quem refert Cephal. *consi. 445. num. quadragesimo quarto, libr. tertio*, cum præscriptio excludi potius dicatur, quam ut per eam quis decipiatur, *argumento text. in leg. prima, §. magistrum, ff. de exercitor. act.* quo argumento ita utitur Tibe. Decian. *consil. decimo tertio, nume. trigesimo nono, volum. 2.*

Atque alias etiam † in dubio contra præscri- 95
ptionem potius quàm pro illa facienda est interpretatio, Cravet. *cons. 29. numer. nono, volumin. 1. & cons. 201. numer. trigesimo septimo, volumin. secundo*, cum ipsa sit rigorosa & præsidium iniquum, ut est expressus textus *in §. habeat, Authen. tic. ut Eccles. Roma.* quod idem tradunt Bartol. *in l. Labeo. colum. 2. circa med. ff. de supellect. leg. Angel. in l. sequitur, §. viam, ff. de usucap.* Marsil. *singul. 370.* Alciat. *de præsumpt. numer. sexto*, Alexand. *consil. 77. col. 1.*

V vol. 6.

volum.6.Curt.iun.conf.16.n.18.Paris.conf. 101.nu. 78.vol.1.Roland.à Vall.confi.21.nume.38. volum 2. & confil.68 num.11.volum.3.Cravet.conf.101.num. 78.volum.1.Meno.d conf. 201. num. 110. & contra naturalem æquitatem introductum,ut est gl.in l. 1.quam ibi valde commendat Angel. ff.de negot. gest.Cephal.confi.700.num.42.volum.quinto, quia qui se fundat ex tempore,dicitur inniti circumventioni temporis §.volumus,Authent.de iis qui ingred ad appellat.notant omnes in c.1 in princip. quo temp.miles.Bald confi 184.colum.1 in fine,volumin. 5. Panormit.consil.71.colum.1.volum.2. Iason. confi.159. colum.tertia.volumin.secundo Fuhard. conf. 42. num. 7.volum.2. Afflict.decis.Neapolit.265.numer.91.& in specie de præscriptione triginta annorum,quod sit odiosa respondit Roland.à Valle conf.21. nume. 38.& 46.volumine secundo, Hinc in dubio contra præscriptionem & quod illa non obstet iudicandum esse responderunt Cravet. conf. 425.numer. septimo.& conf.498.num.15.vol.3.Ceph.conf.403 n. 23.lib.3.

Ex his ita deductis nunc illud etiam apparet in proposito allegari non posse,præscriptionem triginta annorum, quibus actioni divisoriæ præscribi posse supra inter dubitandi rationes demonstratum est.

Obstat enim illi mala fides:obstat defectus tituli:obstat possessio,quam in portione I. debita R.aut ipsius filii nullam habuerunt,neque nunc habent: obstat & illud, quod de triginta illis annis deducendi essent anni minorennitatis Dn. I. & H.& præterea etiam anni interpellationis factæ, quod si fiat,dubium non est vix dum viginti quatuor annorum spacium elapsum esse. Atque hi defectus omnes eiusmodi sunt,ut etiam unus ex illis si adesset cæteris omnibus salvis præscriptio tamen non procederet, multo minus dicendum esset præscriptionem completam esse.

Quæ vero ad confirmationem prætensæ præscriptionis ex Zasio allata sunt, ad illa respondetur primo Zasium nihil in dict. §. Quædam, de illis exceptionibus affirmare, sed duntaxat dicere,posse hanc opinionem salvari, quæ assertio dubitantis magis est,quam certo concludentis, prout etiam ipse Zasius eodem loco,versic. Et hæc quæstio,scribit.quod hæc quæstio possit esse circularis vel in repetitionibus tractari egregie & cum laude.

Secundo respondetur,etiamsi Zasius ita affirmasset & sententia illius esset verissima,esset tamen intelligenda cæteris paribus, nimirum si nihil aliud esset quod præscriptioni obstare posset.Siquidem † solus temporis cursus præscriptionem non causat. si non habet suos debitos comites, secundum gloss.in cap.duo simul.de offic ordi. & in l.obligationum fere §.placet. ff. de obligat. & act. Bartol.in leg unic.Cod.de usucap. transform. & in dict. leg.Celsus,quæst.1. Quod autem præscriptio prætensa comites suos non habeat paulo ante dictum est.& cumprimis deficit qualitas possessionis ad possessionem requisitæ.

96

Nam Dn.R.& post ipsum filii civilem possessionem habere non potuerunt quoniam I. & ipsius filii eam animo suo retinuerunt, & duo eandem rẽ eadẽ possessionis specie possidere nequeunt, deinde ex illo etiam fundamento civilem habere non potuerunt, quia supra demonstratum est, quod sciverint bona controversa pro portione Dn. I. ipsiusque filiis debita non esse sua,sed aliena, & quod causam possessionis quis sibi ipsi immutare nequeat,imo constat ex superioribus Domin.R ipsiusque filios ne naturalem quidem possessionem habuisse, sed rei duntaxat detentationem, sive, ut vocant, tenutam,siquidem portionem I. ipsiusque filiorum habuerunt vel precario vel locationis iure.

Tertio respondetur sententiam illam Zasii aliorumque Doctorum tum demum procedere,nisi contrariis probationib.sive veris sive præsumptis ostendi possit, rei communis divisionem factam non esse, prout factam non esse in casu proposito supra ostensum est. Si enim sententia illa, ita crude esset accipienda, sequeretur ut quis in æternum in communione stare cogeretur quam † æternam rerum communionem 97 iure improbatam esse est textus in leg.in hoc iudicium. §.si conveniat, ff. commun.dividun & in leg. final.Codic eodem. Alexand. consil. vigesimo nono, numer.vigesimo,volumin.quinto, Curt.Sen. confi. ronagesimo nono.columna.duodecima versicu.solum restat,volum.1 Menoch.consi.102.numer.75.& sequent. libr.3.

Quibus quarto loco accedit reservatio,quam sibi suisque heredibus fecit I. cum post annum 1555. portionem suam in hisce bonis fratri suo utendam concessit, ut apparet ex scheda divisionis auß dem Loßzettel/bis Biß zu der Zeit/ꝛc. quę dictio idem significat quod quandocunque, l. uxorem, §. testamento quo, ff. de legat.3.leg.prima, ff. de vacat.muner.

Qua † dictione stante præscriptionem non 98 admitti,videtur textus esse in leg quod si nolit, §.si quid ita. ff. de edilit.edict.quo textu adducti Balb. in tractat.de præscriptio. part. 5.partis quinta. princip. quæst sexta,numer.tertio,& Angel.consi quinquagesimo quinto,numer,tertio,& Alexand.in leg.prima.ff.de usucap.& alii relati à Roland.à Valle confi. vigesimo primo,numer.secundo,scripserunt,quod ubi in dispositione apponitur verbum, quandocunque, perpetuo vel simile non currat præscriptio nec legalis nec statutaria.

Atque hæc omnia cum ita sese habeant, inde necessario concluditur Dn.I.& H.ad divisionem bonorum controversorum provocantes audiendos,& ad eam faciendam Dn.O. & H. condemnandos esse, per iura notissima de quibus Dd.cõmuniter in dict §.quædam & sub tit. ff. & C.commun. divid item famil erciscun.

Nemo † enim invitus in communione sta 99 re cogitur dict.leg.fin.Codic.commun.divid. adeo ut etiamsi pactum de nunquam dividendo rem communem factum sit, divisio nihilominus eo pacto non obstante facienda sit,uno ex his quibus res est communis ad divisionem provocante d.l.in hoc iudicium, §.si conveniat. Gomez.in dict. §. Quædam numer. decimo quinto & vigesimo secundo, Socin. consil. 278.numer.duodecimo,volumin.secundo,& quidem etiam ne iurato quidem pacto obstante, Oldrad, consil. ducentesimo quadragesimo primo, Alexan.consil.decimo octavo,num.1.vol.2, Marsi. singul.

singul 9. Macagn. Azzoguid. de commun. opin. lib. 2. ca. 7. num. 1. Andr. Gail. 2. observat. practic. 24. num. 7.

100 Communio † etenim discordiam parit, quam omni studio leges nostræ evitant, l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de legat. 2. Jason & Castrens. in dict. leg. si non sortem. §. si centum. Bal. d. part. 4. quæst. 13. num. 5. Curt. Sen. consi 52. numer. 8. versic. Et bene facit. Fulg. consil. 167. in fine, ubi idcirco inutile præceptum id genus testatoris existimat, quod bonis moribus sit contrarium, cum discordiam alat. Communem esse dicunt Curt. jun. consil. 112. numer. 1. allegatus à Villalob. in thesaur. commun. opin. lit. d. numer. 81. Soarez n. 89 Jul. Clar. in §. testamentum, q. 67. vers. quæro an.

Hisce etiam consequens est, ut Dn. I. & H. ulla in integrum restitutione opus non habeant, imo nec illo remedio, utpote extraordinario uti debeant aut possint. Dato enim † vel concesso remedio ordinario, cessat extraordinarium, tanquã incompatibile, ut probat text. in l. in causa, ff. de minor. & in l. argentarius, §. 2. ff. de edend. & in l. cum sit, in princ. ff. de Carbon. edict. & in l. 1. ff. ad municip. cum similib.

101

Veruntamen ut maxime præscriptio præsupponatur obstare posse Dn. I. & H. quod tamen fieri non posse supra deductum est, possent † tamen in integrum adversus præscriptionem illam restitui ex generali clausula, si qua, mihi iusta causa videbitur, l. 1 § si qua, & l. sed etsi per prætorem, ff. ex quib. caus. major. gloss. in l. 1. versic. æstimabit, Cod. de patr. potest. Bartol. & Alberic. in l. Senatusconsulto, ff. de offic. præsid.

102

103 Inter † cæteras autem iustas causas pro iusta habetur etiam ignorantia, ignorantia nimirum facti etsi illa esset supina, Bartol. in l. 1. §. si quis autem, ff. de itin. actuque privat. Fulgos. consil. 123. in fine, Alexand. consil. septuagesimo primo, column. 1. vol. 1.

104 Et in terminis, quod † restitutio in integrum concedatur adversus præscriptionem tenet glos. in l. si partem. §. 1. verb. non utendo, ff. quemadmod. servitus amitt. Bartol. in dict. § si quis autem, Angel. in leg. fin. Cod. de præscript. long. temp. & in l. fin. ff. si quis testamen. lib. esse juss. Alexand. & Jas. in leg. cum filiusfamilias, §. in hac, ff. de verbor. obligat. ubi reprobata opinione Baldi dicunt hãc esse communem & ab ea recedendum non esse in iudicando aut consulendo; quod ita in specie de præscriptione longi temporis notavit gloss. in d. l. si partem, §. primo, & in l. 2. Cod. de jure emphyteut. & ibid. Doctores.

Sed & adversus præscriptionem annorum triginta ex capite ignorantiæ restitutionem in integrum dari communiter omnes concludunt in leg. sicut Cod. de præscript. long. tempor. Bartol. in d. l. si quis autem, cum aliis allegatis per Felin. & alios post Panormit. in d. c. Vigilanti, Imol. c. fin. de præscri. Schurff. cons. 33. num. 14. cent. 3. Tiraquell. in retractat. proximit. §. 35. gloss. 4. nu. 36. eamque communem esse Doctorum sententiam attestantur Alexand. cons. 16. vol. 5. Socin. cons. 80. colum. fin. vol. 3. & cons. 67. col. 2. vers. quinimo puto, vol. 4. & receptam affirmat Wesemb. cons. 5. num. 32. & hanc sine dubio esse omnium communem respondit Bursa, cons. 160. nu. 70. li. 2. nec ulli de ea esse dubium consuluit Rol. à Vall. cons. 68. n. 1. vol. 3.

Imo vero adversus præscriptionem etiã quadraginta annorum restitutionem in integrum ex capite ignorantiæ dari, atque adeo multo magis adversus præscriptionem annorum triginta, docendo tenent Socin. in dict. l. cum filiusfamilias, §. in hac, colum. fin. Angel. in l. Pannonius, ff. de acquir. vel amitt. hered. & in leg. pro herede ff. de calumniat. Rebuff. ad constitut. reg. de restitutio. articul. 1. numer. 26. tom. 2. Cravet. de antiq. tempor. part. 4. materia, nu. 54. Innocen. in c. 1. de in integ restitutio. Cardinal. Alexand. in Clement. 1. eod. Imol. in c. fin. colum. 32. versic. contra istum, de præscript. Anto. de Butr. in c. audi-tis, de restitutio. spoliat. Felin. in d. c. vigilanti column. secunda versic. & primo, Et ibidem Panormit. eandemque sententiam consulendo secuti sunt Decius cons. 164. colum. penultim. & cons. 267. colum. fi. Bertrand. cons. 29. in fine volumin. 1. & cons. 133. numer. 3. volum. 2. Calcan. cons. 26. colum. fin. Lofred. cons. 16. numer. duodecimo, Boer. decis. Burdeg. 39. numer. 6.

Licet autem multi sint alii qui sentiant restitutionem in integrum ex capite scientiæ adversus præscriptionem quadragenariam non dari, quos allegat Roland. à Valle dict. consil. 68. numer. 2. & multis sequentibus, & novissime Wesembec. cons. 11. numer. 33. vers. & in summa secundum communem, atque hęc opinio à multis pro communi habeatur, quos allegat & sequitur Vasq. controvers. illustri. cap. 75. versic. contrarium, & de succession. part. 2. §. 26. numer. 131. Pinell. in Authent. tricennalis numer. 59. Cod. de bon. matern. Joann. Fichard. in addit. ad Villalob. lit. R. numer. 46. & eam magis communem respondeant Bero. cons. 56. numer. 42. & 44. volum. 3 Imol. consil. 64. numer. 18. Simon de Pręt. cons. 74. num. 14. Socin. jun. cons. 6. numer. 27. volum. 2. ubi dicit, quod licet plerique dicant communem esse in contrarium, tamen quod non bene advertant ad numerum & qualitatem Doctorum tenentium hanc partem, & subdit quod pluries ita consuluit, & vidit consulium per excellentissimos Doctores, & in casibus, in quibus consuluit bis fuisse iudicatum secundum hanc sententiam, semel in civitate sua Senarum, & altera vice in causa magni status Montisferrati.

Priorem tamen illam sententiam, quæ est pro restitutione, communem, & plures & meliores Doctores, quicquid etiam dicat Socinus, secutos esse, responderunt Alexander consilio 169. numer. 15. volum. 2. Ruin. consi. 35. numer. trigesimo quinto. volum. 1. & cons. 140. volum. 2. & cons 26. numer. 19. volum. 3. & cons. 103. colum. fin. volumin. 5. Corn. cons. 195. colum. 3. volum. 3. Mant. cons. 221. n. 59. volum. 2. Menoch. cons. 131. numer. 48 libr. tertio, & illam esse veriorem magisque communem dicit Plot in repet. l. si quando C. unde vi. Bertrand. consil. 15. numer. 44. vol. 1. & cons. 77. colum fin. volum. 2. Sylvan. cons. 4. numer. 21. Alciat. resp. 203. numer. 32. & consi. 67. numer. 5. & cons. 377. in fine & consi. 504. num. decimo quinto, Roland. à Vall. dict. consil. 68. per totum, Hippol. Riminald. iun. consil. 37. numer. 66. Benintend. decis. Bonon. 69. num. 1. & decis. 71. nume. primo, Paris. cons. 66. numer. 117. volum. 3. Bursat. cons. 160. numer. 71. libr. secundo, & quod ab hac opinione in iudicando recedendum non sit respondit Alexand. consil. 116. numer. secundo, volum. quinto. Prout etiam secundum hanc bis in conci-

lio Neapolitano iudicatum esse scribit Afflict. *decis.319.in fine.* Atque hanc sententiam nonnulli extenderunt ad præscriptionem centum annorum, ut adversus eam ex capite ignorantiæ restitutionem dari existimaverint, inter quos sunt Rube. *consil. decimotertio, colum. final. Cravet. consil. 201. numer. trigesimo quarto, volumin. secundo*, tametsi receptius sit contra centenariam vel immemorialem præscriptionem non dari, ut docent Salicet. *in dict. Authent. quas actiones*, Dida. Couvar. *in dict. cap. possessor part. 3. §. 3. nume. secundo*, Gabriel. *libr. quinto, de præscript. conclus. 1. numer. sexagesimo quarto, Barbat. consi. 41. numer. decimo octavo, volum. secundo, Ias. consi. 209. volu. 2. Socin jun. cons. 54. nu. 6. volum. 1.*

Ignorasse autem Dn. I. & H. conditionem bonorum controversorum præsumitur, ex generali ista præsumptione ignorantiæ, & quia verosimile non est ipsos tamdiu quieturos fuisse, si cõditionem illorum scivissent, præsertim etiam quod in eo qui in ius alterius succedit, prout ipsi successerũt in ius patris sui, ius ipsius ignorasse præsumantur, *vulg. l. qui in alterius, ff. de regul. jur.* Cæterum peti potest hæc restitutio, si ea opus sit, non tantum actione, sed etiam replicatione adversus præscriptionis exceptionem opposita, *juxta l. nam & postea, §. si minor. ff. de jurejuran. Alexand. dict. consil. septuagesimo primo, columnn. 1. vers. etsi opponat.*

105 Et licet verum sit, quod † talis restitutio peti debeat intra quadriennium, *l. supervacuum, ubi gl. & omnes Cod. de tempor. in integr. restitut. Panormitan. & alij in cap. primo, de præscript. Alexand. dict. consil. 116.* attamen tale tempus non currit, nisi à die scientiæ, ut tenent Bald. *in l. falsam Cod si ex falsi instrument.* Cardinal. *in Clem. 1. quæst. 25 de in integ. restitut.* ubi dicit istam esse veriorem. Idem tenet Panormit. prout & alii communiter *in dict. capit. primo, de præscript. Alexand. consi. 84. colum. 2. volum. 1. & dict. consi. 116 numer. tertio*, ubi dicit quod etiamsi quis staret per centum annos, & non peteretur restitutio, possit tamen peti ex capite ignorantiæ, quia tempus quadriennii à principio est utile, & non currit nisi à die scientiæ. Idemq; responderunt Bursat. *consi. 164. num. septimo, libr. secundo, & Wesembec. consi. quinto, numer. trigesimo secundo, versic.* Computatur autem ubi dicit, computari illud quadriennium non à completa præscriptione, sed à scientia, adeo ut ne centum quidem annis ignoranti præscribatur.

De compensatione multa dicere non attinet. Neque dum enim debita prætẽsa liquidata sunt,
106 & regula est compensationem † non fieri de liquido ad illiquidum, *l. fin Codic. de compensat. Roman. consil. 73. numer. tertio, Ruin. cons. 106. numer. 1. volum. quarto, Natt. cons. 54. in fine, volumin. primo, Ceph. cons. 47. nume. quadragesimo septimo, libr. primo*, eamque notam & vulgatam esse regulam scribit Tiber. Decian. *consi. 94. numer. vigesimo secundo, volum. 3.* & quia liquida non est, sed altiorem indaginem desiderat prætensa compensatio, non est admittenda, brevitatis causa me remittendo ad scripta à Romano *consi. 67. numer. tertio, & Cepha. dict. cons. quadragesimo septimo, numer. quinquagesimo primo*, ut ita quod est liquidum per id quod illiquidum est impediri aut distineri non debeat, aut certe si liquidum impediri deberet, deberet tamen compensatione uti volens, intra duorum mensium spacium probare, aut si id non faceret esset facienda executio in eo, quod est liquidum, secundum doctrinam Bartoli *in l. aufertur, §. qui compensationem, ff. de jure fisci*, quam sequitur, Alexand. *consi. 94. numer. primo. & seq. & consi. 95. nume. primo, & seq. volum. quarto, & cons. 61. volum. tertio*, Nevizan. *consil. 56. numer. nono, versic. Confirmo tertio.*

Cumprimis, vero si debitum aliquod prætendatur pecuniarium, cuius compensatio fieri debeat cum portione in bonis controversis Dn. I. & H. competente obstabit huic compensationi altera illa notissima & certissima iuris regula, qua dicitur fieri † quidem de quantitate ad 107
quantitatem compensationem, *l. si duorum, ff. de action. empt.* non autem fieri de quantitate ad speciem vel de specie ad quantitatem, *dict. leg. fina. Cod. de compensat. l. si convenerit, ff. de pignora. act. dict. leg. si non sortem, § si centum, Iason in §. in bona fidei, numer. septuagesimo, & ibidem Angel. numer. septimo, Institut. de action. Neguzant. de pignor. memb. 5 part. 5. numer. undecimo, Corn. cons. 223. volum. quarto, Socin. jun. cons. 11. n. 10. vol. 2. & cons. 10. n. 12. vol. 3.* & vero tanto etiam minus compensatio hoc casu admittenda erit, quia ex supradictis apparet Dn. O. & H. portionem in bonis controversis dimidiam iniuste possidere *per notata à Jos. Ludov. decis. Perus. 15. nu. 17.*

Retentione quidem Dn O. & H. ratione meliorationum uti possent, sed necesse esset meliorationis prætensas esse notorias aut saltem probabiles. Sed obstat illis quod meliorationum in precarii concessione, aut si quid locatum sit ratio habenda non sit.

Ex quibus omnibus concluditur Dn. O. & H. præsumptionibus prætensis divisionis factæ & præscriptione ulla sese tueri non posse, sed ad divisionem bonorum quæstionis sine ulla compensatione aut retentione condemnandos esse.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Quæstione superiore ita expedita, hæc altera nullo negocio resolvitur. Dictum enim est supra ad divisionem provocantem audiendum esse, eo quod communio rerum discordiam pariat.

Est autem † magistratus officium litibus 108
quantum eius fieri potest finem imponere, easque abbreviare, *l. vinum, in fine, ff. de rebus credit. l. prima, §. 1. ff. de oper. novi nunciat. l. properandum, & ibi Dd. communiter, C. de judic.*

Et quamvis sine causæ cognitione de possessione sua nemo dejiciendus est, *juribus vulgatissimis*, magistratus tamen de facto recte informatus, etiam sine tela sive processu iudicario parte utraq; citata & audita ad lites sopiendas statuere potest id, quod iustum & æquum est, præsertim si anim-

si animadvertat, eum contra quem stant iura tergiversari.

Quare in proposito etiam casu, cum iura Dn. I.& H. ex supraductis sint apertissima, reverendissimus princeps Dn. Episcopus P. ut magistratus loci istius, ubi hæc est controversia, supremus, recte & iure fecerit, si Dn. O.& H. ad requisitionem Dn. I.& H. legitimam citari curaverit, utranque partem audiverit, atque si nullas exceptiones aliæ, quam quæ supra pro Dn. O.& H. propositæ quidem sunt, sed ex iuris fundamentis refutatæ ex parte adversa deduci potuerint O. & H. ad divisionem faciendam, atque I.& H. partem suam restituendam decreto suo interposito iusserit, aut si ipsi hoc detrectare conati fuerint, impetrantes in bona quæstionis immiserit.

Hermannus Vultejus J. C. respondit mense Aprili Anno Christi. 1591. Salvo cujuslibet rectius sentientis judicio.

Consilium XXIII.

Quod est

HERMANNI VULTEJI J. C.

SUMMARIA.

1 *Investituræ tenor in omni controversia feudali respiciendus est.*
2 *Fœminæ in feudis regulariter non succedunt.*
3 *Masculi ex fœminis descendentes in feudis non succedunt.*
4 *Masculi in feudo fœmineo etiam fœminis praferuntur.*
5 *Fœminæ & ex illis nati succedunt deficiẽtibus masculis.*
6 *Fœmina semel exclusa ulterius non admittitur, quod declaratur nu. 24.*
7 *Masculi nati ex fœminis exclusis in perpetuum exclusi censentur.*
8 *Subrogatum sapit naturam ejus in cujus locum subrogatum est.*
9 *Verbis standum est.*
10 *Familiæ per fœminas nõ conservantur, quod declaratur nu. 26.*
11 *Copula, verba non vim ordinis successivi copulat.*
12 *Consuetudine fieri potest, ut fœminæ preferantur masculis aut cum illis simul admittantur.*
13 *Generi derogatur per speciem.*
14 *Verba clara non indigent interpretatione.*
15 *Proximior est, quem in gradu nemo antecedit.*
16 *Repræsentationis jus in transversalibus à Iustiniano primum constitutum.*
17 *Heres in doctrina feudali non semper intelligitur de masculo.*
18 *Verba ita sunt interpretanda, ne sient otiose.*
19 *Repræsentationis jus etiam in feudalibus locum habet.*
20 *Proximioribus vocatis non est locus repræsentationi.*
21 *Consuetudinem notoriam allegari sufficit.*
22 *Specialis consuetudo præfertur generali.*
23 *Constitutiones feudales fœminas excludentes à successione odiosa sunt.*
25 *Fœmina exclusa succedit fratri suo in feudo.*
27 *Propinquis ad successionem vocatis non præsumitur considerata ratio conservandæ agnationis.*
28 *Probare debet is, contra quem est præsumptio.*
29 *Possessor non tenetur probare, ut cui possessio sit loco probationis.*
30 *Fœmina immittenda est in possessionem feudi, si probabile aliquod jus in eo prætendit.*
31 *Acquirens descendentibus potius, quam transversalibus prospicere censetur.*
32 *Præsumptio præsumptionem tollit.*

De feudis, quæ defunctus nobilis N. ab Episcopo O. recognovit, quæritur: Si defuncti soror prætendat, in illis etiam proximiores indistincte sive agnati sint sive cognati, & sive masculi sint sive fœminæ, de consuetudine succedere; Nepotes vero ex fratribus talem consuetudinem restringant tantum ad filias, quod nimirum filiæ præferantur de tali consuetudine agnatis transversalibus; sed filiabus non extantibus, quod tunc obtineat commune ius feudorum, atque sic isto casu soli succedant agnati cognatis omnibus exclusis, utri parti incumbat dicti sui probatio, sororine an vero nepotibus.

De utraque hac quæstione sententiam meam iuri consentaneam exponere, eamque rationibus confirmare rogatus, vellem equidem, ut si quæ instrumenta de investituris horum feudorum facta extarent, ea ad me transmissa essent, siquidem † in omni controversia quæ de feudo 1
incidit, investituræ tenorem semper inspiciendum & ad eum recurrendum esse, est text. *in cap. 1. & ibid. Bald. de duob. fratrib. à Capitan. invest &* notatur *in cap. 1. de feud. march.* Tiraquell. *in leg. si unquam, in verb. libertis, numer* 8. *C. de revocand. dona.* Menoch. *de præsumpt. libr. 3. præsumpt. 92. numer. 1.* & consulendo tradunt Decius *consil. 78. columm penultim. versic. unde si feudum & consi. 185. columm 2. & consi. 193. column. 2 numer. 3.* Jason *consil. 1 column. 3 versic. primò moveor, volum. 3.* Ruin. *consil. 20. & 187. volumin 1.* Curt. Sen. *consil. 50. columm. 23.* Socin. iun. *consil 71. numer. 1. volum. 1.* Cravet. *consil. 251. column 3. volumin. 2.* Cephal. *consil. 3. numer. 1. lib. 1.* atque hanc unam esse maximam in feudis dicunt Martin. Laud. *in cap. 1. in princip. column. 1. qui feud. dar. poss.* Jason *cons. 136. numer. 2. volumin. 4* & novissime Hartman. Pistor. *libr. 2. quæst. 1. numer. 3.* & traditum est magis esse inspiciendum investituræ tenorem, quam naturam feudi, Decius *consil 395. numer. 5. & consil. 498. nume. 6.* Calcan. *consil. 73. column. 2. versic Et quia dixi, afflict. decis. 293 numer. 2.* Curt. iun. *in tractat. feud part. 1. quæst. 6. num. 28. per text. in d. c. 1. de duob frat à Capitan. investit. cum simil.*

Verum cum nulla investiturarum instrumenta, ex quibus plenius informari potuissem, ad me transmissa sint, & forte etiam in M & O. diœcesi nulla desuper fieri consueverint: in omni hac controversia partim ad feudorum consuetudinem, partim ad supradicti privilegii, ut vocatur, verba & mentem respiciendum esse existimo.

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUod igitur ad primam quæstionem attinet, argumenta & rationes ponderis haud exigui in medium afferri possunt, per quas dicendum videatur, ad feuda M. solos ex tribus fratribus defunctis nepotes admittendos, & tam sororem atque fœminas, quam cæteros ex sororibus natos nepotes ab hac successione excludendos esse.

Primum enim iuris est certi & expediti, quod
2 fœminæ † in feudis succedere nequeant, *ad quod est textus in c.1. §. filia vero, de success. feud. c.1. quemadmod. feud. ad fil. pertin. c.1. §. hoc autem notandum, de his qui feud. dar. poss. cap. primo, de grad. succed. in feud. cap. primo, de natur. success. feud. cap. primo, §. similiter, de Capitan. qui Curiam vendid. cap. primo, An mutus. Roman. consil.367. numer. duodecimo, Alexand. cons. 29. volumin. primo. Iason cons.114. colum.1. volum primo, Dec. cons.139. numer. secundo. & cons.390. numer. primo, Curt Sen. cons.49. Curt. iun. cons.21. numer. seprimo, Franc. Becc. consil.* 101. *numer.* 34. quod ius ita pro regula ponit Duen. *reg.* 309. *incip. fœmina*, & planum esse dicit Caldetin. *de feud. consil. tertio*, & respondit Decius, *dict. cons.139. numer. secundo*, intentionem masculorum esse fundatam in regula, quæ à feudo excludit fœminam, eaque regula attenta omne feudum in dubio censeri masculinum respondit idem Decius *cons.517. numer. quinto*, Socin. iun. *consil. sextagesimo quinto, nume. primo, volumin. primo.* cuius regulæ rationes quinque assignat Jason. *consil. octagesimo nono, colum. pen. in fi. vol.1.*

Atque hæc regula fœminarum à feudis exclu-
3 siva in tantum procedit, ut † mares etiam ex fœminis descendentes in feudis non succedant, ut est text. *in dict. §. hoc autem notandum*, idemque docendo tradunt Bald. *in Authent. si quas. C. de sacros. Eccles.* Castrens. & Salicet. *in leg. prima, ff. de condict. indeb.* Alexand. Socin. & Jason *in l. etsi hac. §. qui liberos. ff. de in jus vocand. & in l. Gallus, §. nunc de lege. & ibidem* Aretin. *ff. de liber. & posthum.* Ripa post Alexand. *in l. ex facto, §. fin. numer. tertio. ff. ad Senatusconsult. Trebell.* & consulendo sequuntur Bald. *cons.205. volum. quinto*, Angel. *cons.321. colum. secunda*, Castrens. *cons.146. colum. fin. & cons.190. colum secunda. volum secundo.* Socin. Sen. *cons.251. columm.9. versic. Confirmatur ista conclusio volum. secundo.* Decius *cons.239. columm. secunda*, Rube. *cons. 35. numer. quarto.* Socin. iun. *cons.30. numer. 49. volum. primo. & cons.2. numer.25. & cons.69. nu.27. volum.3.*

Et vero tantus est masculorum favor circa
4 successiones in feudis, ut † etiam in feudo fœmineo masculi ex fœminis descendentes fœminas excludant, *per ea quæ tradit Curt. jun. in tractat. feu. part. tertia. numer. decimo nono, & Paris. consil. decimo sexto, numer. sexto, & decimotertio, volumin. quarto.*

Secundo multum patrocinatur nepotibus ex fratribus contra sororem, reliquosque nepotes & neptes, quod in facto præsupponitur etiamnum mares & quidem ex maribus eiusdem agnationis genitos superesse: iure autem rece-
5 ptum est, quod † fœmina aut ex illa nati tum demum ad successionem feudi vocentur, si deficiant mares, *per textum in cap.1. §. quinetiam, Abbat. vel Episcop. c.1. in princip. & §. filia de success. feud. c.1 de feudo fœmin. Bartol. in l. ut jurijur. §. si liberi, col. 1. versic. in feudo est expeditum. ff. de oper. liber. Alexan. in leg. quod dicitur, numer. vigesimo quarto, ff. de verbor. obligat. Dec. in leg. secunda, numer. sextagesimo quarto, ff. de regul. jur. & consil.193. numer. quinto. & cons. 208. numer. quarto, Bursat. cons.63. numer. undecimo, libr.1. Menoch. cons.400. numer.7. & 8. libr.4. Paris. cons.9. numer. trigesimo primo, volum.1. Cephal. consil. 258 num.17. libr. secundo*, ubi quasi in terminis ita scribit, Nec dicatur prædicta procedere, quando masculus & fœmina sunt in eodem gradu, secus ubicunque est fœmina proximior ultimo defuncto quia istud esset contra textum *in ca. primo, de eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. investit. accep.* ubi in duobus locis concludit locum non patere fœminæ in feudi successione, donec masculus superest ex eo, qui primus de feudo fuerit investitus.

Tertio, si defunctus C. à L. de cuius successione quæritur non ipse primus acquisivit feudum, sed ipsi à maioribus suis obvenit, certum est in facto sorores ipsius non defunctas duntaxat sed superstitem etiam per fratrem C. à L. defunctum semel exclusas esse, atque adeo sororem superstitem & ex defunctis sororibus natos in perpetuum exclusas, neque amplius admittendas esse videtur ex illa iuris Theorica, qua dicitur, quod † fœmina semel exclusa ulterius non 6
admittatur, per textum *in dict. §. quin etiam*, ubi Dd. id docent communiter, *& in tractatibus suis de feudis* tradunt Odofred. *in summ. qui possunt in feud. succed.* Blanc. *in summa de success. feud. versic. vel dic quod masculus.* Curt. jun. *part.3. in princip. numer. trigesimo septimo*, Zas. *part.8. num. quinquagesimo octavo, versic. quarto.* Ferrar. Montan. *libr. tertio, cap. octavo, versic. Illud magis in loco est.* Thom. Martin. *titul. undecimo, de feud. fœmin. numer. trigesimo octavo*, Duaren. *cap. decimo, numer. duodecimo*, Joann. Borchold. *cap septimo, numer. trigesimosexto*, quod etiam consulendo amplexi sunt Roman. *cons.1. n. 3.* Calder. *consil.4.* Alexand. *cons.29. volum.1.* Dec. *cons.390. numer. quarto*, Brun. *cons.78. numer. secundo, & consil.108. numer. vigesimo quinto.* Rui. *cons.9. numer. sexto, volum. primo.* Paris. *consil.12. numer. septimo. & cons.23. numer.50. volumin. primo.* Socin. jun. *cons.110. numer. quinto. & consil.114. volum.2.* Gozad. *consil. octavo. numer. nono*, Roland. à Valle *consil.58. numer. sexagesimo quinto, volumine tertio*, Cephal. *consil.30 numer. vigesimo octavo, libr. primo*, Beto. *consil. sexagesimo septimo, numer. quadragesimo tertio, volum. primo*, Alciat *consil.170. numer. secundo*, Bursat. *cons.63. numer. decimo septimo, libr.1. & cons.131. num.29. libr.2.* qui plerique omnes dicunt hanc esse opinionem communem, receptam & ita Canonizatam ut contradicere sit nodum in scirpo quærere, & ab ea nequaquam sit recedendum, eandem communi Dd. calculo sine controversia aliqua receptam esse dicit Harneton. *de feud. lib.2. cap.9.* & tanquam veriorem contra Sonsbeccium multis defendit Garzon. *in tractat. de fœmin. ad feud recip. vel non, ampl. ultim.* atque hanc sententiam tam veram esse respondet Alciat. *d. cons.170. nu.3.* Rube. *cons.57. n.2.* Meno. *d. cons.*

*d.conf.*400 *num.*15. ut dicant eam procedere etiam in feudo natura sua fœmineo, & quod hoc casu feudum aperiatur potius Domino, quàm ut ad fœminam devolvatur, scripserunt Bald. *in d.§.quin etiam.* Zas. *d.part.*8. *num.*63. Castrens. *consil.*300. *versic.Iccirco pro fundamento.volum.*2. Socin.sen. *consil.* 19. *colum.*2. *versic. quinimo. volum.*1. Brun. *consil* 65. *num.*2. *in fin. & consil.* 108. *num.*27. Paris. *cons.*22. *num.*25. *& cons.*23. *num.*61. *vol.*1. Menoch. *cons.*1. *n.*458. *vol.*1.

De natis vero ex fœminis exclusis, etiamsi ma-
7 res sint, quod † & ipsi in perpetuum exclusi censeantur, textus est *in dicto cap.*1. *de succeff.fratr. & in dicto § hoc autem notandum.* cui suffragatur juris
8 ratio, quod † nimirum subrogatum, ut est filius, sapiat naturam eius, in cuius locum subrogatum est, ut est mater exclusa, *per l.eum qui.§.qui iniuriarum.ff.si quis caution. & § fuerat. Instit.de action. ubi utrobique Doctores. Nicol.Euerhard.in loco leg. a subrogatis.* Atque hoc argumenti genere ad demonstrandum, quod matre exclusa à successione feudi, exclusi etiam sint eius filii masculi, usi sunt Andr.de Isern. Alvarot. & Præpos. *in dicto cap.*1. *de success.fratr.* Castrens. *consil.* 421. *colum.* 2. *versic. & primo probatur. volum.*1. & post hos Menoch. *dicto cons.*400. *nu.*34. *& seq.* ubi idem illud multis aliis rationibus confirmat.

Quarto idem videtur velle dispositio super successione in feudis M. facta, quæ privilegium appellatur, siquidem in ea expresse dicitur, Daß die Mannspersonen desselbigen Geschlechts den Weibsbildern vorgezogen werden sollen. Ver-
9 bis autem standum est, præsertim si sint clara, *per l.ille aut ille.§. cum in verbis. ff. de legat.*1. *l. continuus.§.cum quis.ff.de verborum obligat. cum similibus.* cum nullum maius sit dispositionis ac mentis nostræ testimonium, quam qualitas verborum inspecta, ut dicit Bald. *in cap.*1. *de testibus.* Bursat. *consil.*229. *num.*7. *lib.*3. ubi dicit, quod propter nimiam subtilitatem sæpe erremus in coniecturanda mente disponentis, cum ipsius animum non videamus, & ideo cum ex verbis mens illius declaretur, frustra ad interpretationem & ad glossas iri. Quod eo magis hoc casu faciendum esse videtur, quod agnationis & familiæ ratio habita fuisse videtur, ut illa conservetur, propter verba illa, desselbigen Geschlechts. Certum
10 autem est, per † fœminas familias non conservari, *textus est in l.pronunciatio, & seq.ff.de verborum significat. & pluribus confirmat Socin.jun. consil.*281. *num.*39. *volum.*2. *Paris.cons.*22. *num.*14. *volum.*1. *& cons.*23. *num.*54. *volum.*2. *Bursat.consil.*1. *numero* 39. *lib.*1.

Quinto, ut maxime verba tam clara non essent, in dubio tamen eiusmodi interpretationem esse faciendam, qua à jure communi quam minimum recedatur, tradit Jason *in l. non dubium.num.*29. *Cod.de legibus. & in l.si mater, num.*4. *Cod. de success. edict.* & verba statuti sive consuetudinis intelligenda sunt secundum ordinem juris communis, *Bald.in l.liberti, numero* 21. *Cod. de oper. libert.* & privilegium omne stricte est interpretandum, ut minimum corrigat jus commune, *Bartol. & Doctores in leg. final. ff. de constitutionibus princip. Dec. & alii in rubric. de rescriptis.*

Cum itaque perpetuus ordo jure generali feudorum sit constitutus, ut fœminæ non admittantur, nisi deficientibus masculis, juxta illum ordinem etiam statutum vel consuetudo erit interpretanda, ut † videlicet copula, quæ ma- 11
sculis fœminas jungit, copulet verba, non sensum, & vim ordinis successivi habeat, videlicet ut deficientibus demum masculis, fœminæ admittantur, *Alvarot. & cæteri in dicto §. quin etiam. Jacob.in tract.de feud. in verb. & fœminis. numero* 10. *Bald.in dicta l.liberti, num.*24. *Alexand.consil.*9. *numer.*6. *&* 7. *volum.*5. *cum infinitis aliis, quæ brevitatis causa hic omitto*: sicuti alias semper interpretatio ordinis successivi fit in copula, quando id natura rei, quæ copulatur, requirit, *Bald in l.quoties. num.*5. *C.de suis & legit, per d.l.Gallus.§ quidam.ubi & Jason.*

Etsi vero hæc in favorem nepotum ex fratribus defuncti natorum speciose in medium afferri possint, tamen circumstantiis totius rei accuratius perpensis, iuri magis mihi consentaneum esse videtur, ut ad feuda in diœcesi M. sita, & à defuncto nobili C. à L. relicta, sola soror ipsius, exclusis cæteris omnibus tam maribus, quàm fœminis natis ex fratribus & sororibus prædefunctis, admittatur, atque in illis sola succedat.

Et principio quidem, quin ad feuda M. etiam admittantur fœminæ, in facto dubium non est, idque ex feudorum M. natura, quam verosimile est eà consuetudine accepisse, quod † fieri 12
potuisse notant Doctores *in dicto cap.*1. *§. & quia vidimus. de his qui feud.dar.poss.* Curt.iunior *in tractat.feud. part.*3. *limitat* 8. Clar. *in §.feudum. quæstione* 73. *numero* 9. Thom. Marin. *de feudo fœmin. numero* 29. Garzon *in dicto tractatu, restrict.*8. *&* 9.

Etsi vero, quomodo & quo ordine fœminæ in genere ad feuda admittantur, iure communi feudorum dispositum sit, in casu tamen proposito animadverto, certam succedendi formam definitam & præscriptam esse à Domino feudi omnibus diœceseos M. ordinibus consentientibus, ut quin ea teneantur vasalli, eorumque successores extra controversiam sic positum, *per tradita a Dd.in l.omnes populi.ff.de justit.& jur.* atque adeo ex ea omnis hæc, quæ incidit, controversia determinanda sit, utpote quæ sit loco investituræ communiter ibi observandæ, neque tam commune ius feudorum attendendum, siquidem regula iuris est, per † speciem derogari ge- 13
neri, *vulg.l.in toto. ff. de regulis juris, cum similibus allegatis ab Andr. Gail.de arrest. cap.*5. *numero decimoseptimo.*

Ex dispositione autem illa ordinibus M. consentientibus ab Episcopo facta, quæ privilegium appellatur, apparet, quod is, qui defuncto gradu est proximus, sive mas sit, sive fœmina, præferendus sit in successione his, qui sunt in gradu ulteriori, etiamsi hi sint masculi, adeo ut ne ius quidem repræsentationis locum habeat.

Primum enim ex serie prædictæ dispositionis constat, non sexus, sed ordinis & graduum in successione rationem habendam, siquidem si sexus ratio habenda, & masculi fœminis præferendi

rendi essent, ne filiæ quidem defuncti admitterentur, quandiu masculi etiam in linea collaterali superessent. At vero dispositio diserte ordines constituit, & hanc facit distinctionem, ut si in eodem ordine reperiantur mares & fœminæ, tum mares præferantur fœminis, non etiam si ordines sint diversi, & fœmina in priori, mas in posteriori ordine. Ita primus ordo est filiorum & filiarum, secundus ordo est fratrum & sororum, tertius ordo est nepotum & neptium ex fratribus & sororibus, atque ita deinceps, & non verba tantum dispositionis hoc arguunt, sed mentem etiam disponentium hanc fuisse apparet, non ut remotior ullo casu excluderet proximiorem in gradu, sed ut mas, qui in eodem est gradu, excluderet fœminam, quæ in eodem est gradu, atque adeo proximior excluderet proximiorem, nimirum filius filiam, frater sororem,
14 & sic deinceps mares fœminas. Quæ † dispositionis verba cum clara sint, interpretatione alia non indigent, prout multis confirmant Cephal. *consil.*137. *num.*10. *lib.*1. *& consil* 765 *num.*53. *lib.*4. Bursat. *consil* 13, *num.*37. *lib.*1. Tiber. Decian. *consil.*72 *num.*3. *volum.*2. *& consil.*41. *num.*21. *volum.*3. imo ne interpretatio quidem alia admittenda est, aut voluntatis quæstio, *Bartol. in l. quod constitutum. ff de testament. milit. Joan Andr. in cap. scienti. de regul jur. in 6. Roland. à Valle consil.*79. *numero* 56. *volum.*3. ubi dicit, quod ubi verba clara sunt, ea ne à consuetudine quidem interpretationem recipiant, quoniam ubi verba clara sunt & perspicua, calumniosa est quæcunque alia interpretatio, *Bald. in authent. nisi rogati. colum.*2 *vers. nam ubi. C. ad Senatusconf. Trebell. Paris. consil.*1. *num.*29 *in fin. & consil.*3. *n.*53. *vol* 3.

Et in specie, cum verba statuti sive dispositionis alicuius clara sunt, nunquam interpretatio tantum valet, ut melior sensus existat, *Dec. consilio* 503. *num.*4. *& consil.*658. *num.*2. *& consil.*693. *num.*1. *Bald consil.*343. *volum.*1. ubi dicit, quod ubi verba statuti clara sunt, non sint admittendæ glossæ. Idem Bald. *consil.*174. *in fin volum* 2. dicit, quod quando videmus verba clara statutorum, cavillationes advocatorum non sint admittendæ, etiamsi dispositio ipsa statuti dura esset: idemque in verbis consuetudinis claris procedere, respondit Dec. *consil.* 49. *colum.* 2. Cephal. *consilio* 138. *lib.*1. quem utrunque refert & sequitur Rolan. à Valle *consil* 62. *nu.*22 *vol.*3. Decian. *consil.*2. *n.*102. *vol.*2. ubi dicit, cum clara sunt verba statutorum & decretorum, nullus relinquitur disputationi locus.

Secundo, non tantum tota huius dispositionis series, sed & verba quædam singularia idem important, ut soror præferatur cæteris. Dicitur enim, auff seine nehiste Erben / & ut omnis dubitandi causa adimatur, additur, vnd Blutsfreunde / quæ duo ita copulatim coniunguntur. Quin autem proximior sit soror defuncto, quàm nepotes & neptes ex sororibus & fratribus nati, extra controversiam est, siquidem illa à fratre suo defuncto distat gradibus duobus, hi gradibus
15 tribus, & † proximior ille esse dicitur in jure, quem in gradu nemo antecedit, *l proximus. ff. de verb. sig. l.*1. *§ proximus. ff. unde cognati l.*2. *§.*3. *ff. de suis & legitim.*

Non etiam dubium est, quin † soror fratris 16
sui defuncti heres sit & recte dicatur, adeo ut jure antiquo civili sine ulla exceptione, utpote gradu proximior præferretur remotioribus in successione, & defuncti esset heres, *textus est in §. intestatorum. Instit. de hered quæ ab intest. defer. & in §. si plures. Instit. de legit agnat. success. & in l. Jurisconsultus. ff. de gradib & affin.* nec ullo casu ante Constitutionem Justiniani *in Novell.*118. *§. reliquum.* in linea transversali admitteretur jus repræsentationis, *per text. in l.*2. *C. de success. edict. l. consanguinitatis jura. C de legit. hered. l. avunculo. C. commun. de success.* sed id locum duntaxat haberet in descendentibus, quando quærebatur de successione ascendentium, *§. cum filius. Instit. de success. quæ ab intest. defer. Novell.*118. *§. si quis igitur.*

Et quamvis † heredis appellatione in materia 17
feudali intelligatur heres feudalis, id est, masculus, *per c.*1. *§. etsi clientulus. de alienat. feud. c.*1. *§ similiter. vers. profecto. de lege Corrad.* hoc tamen procedit, quando vox ista, *heres*, vel à feudali jure usurpatur, vel ex istius dispositione tacite subintelligitur, non si ab homine proferatur, ut in nostro casu, ita limitat Andr. de Isern. *in c.*1. *§. hujus autem generis. col.*2. *vers. si ergo non probatur. ex quib. cau. feud. amit.* Camerar. *in c. imperialem. §. præterea ducatus.* Joh. Thom. de Marin. *tit.*5. *de feudo hered. nu.*8. Sigismund. Loffred *conf.*1. *n.*125.

Deinde cum feuda M. propriam feudorum naturam non habeant, vocabulo *heredis* non minus fœminas atq; mares accipiendas esse, apparet ex notatis Camerarii *in d c imperialem. vers. patet etiam.* Curt jun. *in tract feud. part.*3. *in prin n* 34. Gozadin *consil.*8. *n.*27. *& consil.*6. *nu.*17. Corn. *consil.*26 *nu* 5. *vol.*1.

Quibus accedit, quod in dispositione non solum dicitur, nehiste Erben / sed additur etiam, vnd Blutsverwandten / ut disponens videatur eo ipso voluisse interpretari vocabulum Erben / ut nimirum non intelligerentur heredes ex dispositione juris feudalis, sed juris naturalis, quo certum est, sororem sanguine fratri suo defuncto proximiorem esse, quàm sunt nepotes & neptes ex fratribus & sororibus, præsertim cũ vox Blutverwandte ad cognatos proprie pertineat. Faciunt quæ respondit Corn. *consil.*26. *nu.*5 *vol.*1. ubi dicit, quod licet feudum simpliciter concessum pro se & heredibus, intelligatur de masculis, secundum naturam ipsam feudorum, attamen nomen illud *heredum*, quando quid aliud est adiunctum (prout in nostro casu adiunctum est, vnd Blutsfreunde) comprehendit etiam fœminas, refert & sequitur Menoch. *consil.*33. *n.*32. *lib.*4.

Atq; ut omnis scrupulus eximeretur, expresse addita est in dispositione hæc restrictio, So im gleichem gradu stehen möchten / quæ verba ociose posita essent, si simpliciter mares fœminis in hisce feudis præferendi essent. At vero † ita facienda est interpretatio, ne verba stent ociose 18
contra c. si Papa. de privileg. in 6. *& l. si quando. ff. de legat.*1. *Bald. in rubr ff. de contrahend empt. quæst* 9 & quod verba sine effectu operandi stare nequeant, etiam in materia stricta & odiosa, nedum favorabili, scribunt *in c.*1. *de rescript.* Dec. *nu.*6. Ripa *n.*42. & Felin. *n* 4. & pluribus confirmat Cravet. *consil.*271. *n.*7. *& consil.*292. *n.*2.

Starent

Starent autem verba illa, So in gleichem gradu stehen möchten / omnino ociose, si ita illa interpretaremur, ut quandiu mares superessent, tandiu fœminæ intelligerentur exclusæ esse, partim ob id, quod, ut supra dictum est, jus commune, hoc est, in feudis, ad quæ admittuntur mares & fœminæ, ut fœminæ non admittantur, nisi masculis deficientibus, ut supervacaneum fuisset de eo nominatim disponere, quod communi jure jam receptū esset, partim ob id, quod non potest afferri ullus casus, ad quem verba illa accommodari possent. Imo eo ipso quod hæc verba, So in gleichem gradu stehen möchten / disponens à communi jure recedere voluit, & à maribus eas fœminas excludi voluit, quæ essent in eodem cum maribus successuris gradu. Unde è contrario sensu, quod argumentum frequens & utile esse dicit Nicol. Everhard. *in loco, à contrario sensu*, si fœminæ in eodem gradu non sint cum maribus, sed sint gradu proximiori, quàm mares, à maribus excludi non debent, imo illis etiam in feudis præferri, quoniam ex dispositione vocantur ad successionem, die nehiste Erben vnd Blutsverwandten / & gradus prærogativam attendendam, indicant verba illa, So in gleichem gradu stehen möchten. Quæ omnia si coniungantur, prout coniungenda sunt, liquidò ex tenore dispositionis apparebit, sororem defuncti ut proximiorem heredem & agnatam, & cum qua nullus mas in eodem gradu repetiatur, sed in gradu ulteriori, nepotibus & neptibus ex fratribus & sororibus præferendam, & solam ad feuda M. admittendam esse.

Et in tantum abest, ut nepotes admittantur, ut cum alias jus repræsentationis in allodialibus ad successionem defuncti in casu deficientium descendentium admittat ipsius fratres & fratrum sororumque prædefunctorum liberos, *per d. Novell. 118. § reliquum. & auth. cessante. & authent.*
19 *post fratres. C. de legitim. hered.* quod † etiam in feudalibus notant Feudistæ *ad d. cap. 1. de grad. succed. in feud. & in d. cap. 1. de natur. success. feud. & in cap. 1. an ille qui interfec. fratr. domin. sui.* Francisc. Sonsbecc. *in comment. ad usus feud. part. 9. num. 113.* Wesembec. *in tract. de feud. cap. 6. de success. feud. numero* 18. in casu tamen proposito jus repræsentationis locum habere nequeat.

20 Ubicunque † enim in successionibus ad ipsam gradus computationem habetur respectus, & illi vocantur, qui gradu sunt proximiores, prout fit in sæpedicta dispositione, jus repræsentationis locum habere non solet, ut docet Didac. Covarr. *in practic. quæst. cap. 38. illat. 3. 4. & 5.* Curt. jun. *in l. 2. C. de success. edict. & cons. 22. num. 7. & seq.* Dec. *cons. 1. num. 3. & cons. 408. numer. 12.* Paris. *cons. 30. num. 58. & seq. & cons. 37. numer. 57. & 70. & cons. 40. num. 25. volum. 2.* Port. *cons. 128. n. 11. vol. 1.* idemque pluribus confirmat Hartman. Pistor. *lib. 2. quæst. cap. 21. n. 3. & 4. & 6. 23. num. 2. & 8.*

At disponentem sive statuentem ad gradus computationem respexisse, & proximiores vocasse, ex ipsius dispositionis tenore, quin & singulis verbis abunde demonstratum est, ut non videã, quomodo dispositio tam clara in sensum alienum detorqueri possit aut debeat.

Nam argumenta & rationes pro nepotibus contra sororem supra allatæ in suis quidem terminis procedunt, præsertim cum res est ambigua, & in dubio coniecturanda est disponentis voluntas, cum è contrario in proposito ex verbis de mente & voluntate liquidissimo appareat, & constet à iure communi recessum esse.

Ad singula autem in specie etiam respondendo, & supradictam decisionem pro sola sorore eo magis confirmando, ad primum & secundum respondeo, prætterquam quod notoria est in feudis M. consuetudo, ut ad ea admittantur etiam fœminæ, quàm † allegari, satis est, ut pro- 21
betur etiam necesse non est, *per gloss. in clement. appellari. de appellat.* Jas. *in l. 2. ff. de in jus vocand.* Cravet. *cons. 135. n. 5.* ipsa etiam dispositio sive privilegium ut appellatur M. diserte ad feuda M. vocat, & quidem eo modo eoque ordine, de quo hactenus dictum est.

Quare etsi de communi feudorum iure aliud regulariter receptum sit, de fœminis non admittendis omnino, aut si admittantur, non tamen nisi masculis deficientibus, admittendis; consuetudo tamen & dispositio illa M. specialis generali illi merito est anteferenda, ex regula illa, quæ dicit, speciali † vel locali consuetudini semper 22
magis standum esse, quàm iuri feudorum communi, cum illa huic deroget, *d. c. 1. §. hoc autem notandum. vers. hoc quoq; verb. secundum usum. & in c. 1. in prin. vers. & quanquam. de feud. cognit.* & in specie, quod consuetudo, qua fœminæ succedunt in feudis, præponatur constitutioni feudali, docet Schenck. Baro *in d. § hoc autem notandum, n. 4.* Afflict. *in c. 1. n. 206. ex quib. caus. feud. amit.* Curt. iun. *de feud. part. 3. n. 10 fallent. 8.* Clar. *in § feudum. q. 73.* Marin. *de feud. fœmin. num. 23.* Duen. *reg. 309.* Bero. *cons. 77. n. 30. & seq. & cons. 79. nu. 68. volum. 3.* Menoch. *cons. 65. num. 54. lib. 1.* quæ consuetudo specialis tanto etiam favorabilior est, quod † Con- 23
stitutiones feudales, quæ fœminas excludunt, tanquam correctoriæ iuris communis odiosæ reputantur, ut respondit Paris. *cons. 21. n. 31. vol. 1.* Decian. *cons. 58. n. 53. & seq. vol. 2.* Menoch *cons. 315. n. 1. lib. 4.* Cephal. *cons. 641. n. 43. lib. 5.*

Non etiam obstat tertium, quia † regula illa 24
qua dicitur, fœminam semel exclusam, censeri perpetuo exclusam esse nullo probabili iuris fundamento nititur, ut post Sonsbecc. multis ostendit doctissimus Hartman. Pistor. *lib. 2. q. 36. per discursum.* & multi sunt alii maximi nominis Jurisconsulti, qui cõtrarium teneant, ut Martin. Laudens. Jac. de Belvisõ, Matth. de Afflict. *in d. §. quin etiam.* Fulgos. *cons. 12. col. 2. & cons. 8. colum. 3. vers. neque huic sententiæ.* Socin. iun. *cons. 76. nu. 113. vol. 1.* Gozadin. *cons. 9. num. 58.* Alciat. sibi contrarius *cons. 162. n. 20.* Loriot. *in tit. de his qui feud. dare poss. §. & quia.* Cum quibus faciunt præcipui Germaniæ nostræ Jurisconsulti, Franc. Sonsbecc. *in d. tract. de feud. part. 9. n. 131. & seq.* Hartman. Pistor. *d. quæst. 36. n. 5. & seq.* Joan. Fichard. *in addit. ad communes opiniones Villalob. verb. filia exclusa. num. 60. & cons. 6. nu. 6. & cons. 14. num. 4. vol. 1.* Mynsing. *observat. 74. centur. 5.* dicens, hanc de iure veriorem & æquiorem esse certò se credere, & novissime Wesembec. *de feud. c. 6. n. 23.*

Verum

Verum enimvero ut maxime hæc ita sese non habeant, ex communi tamen Doctorum etiam contrarium sentientium opinione, regula illa, Fœmina semel exclusa, in perpetuum exclusa esse censetur, in proposito casu locum non habet, ex duabus potissimum causis, quarum una hæc est, quod feuda M. non habent propriam feudorum jure communi feudali constitutam naturam. At regulam illam, in feudis impropriis non procedere, præter alios ostendit Curt. jun. *part.* 3. *num.* 34. Socin. sen. *consil.* 110. *num.* 10. *volum.* 2. atque ita *d.* §. *quin etiam.* declarare ibi Alvarott. *numer.* 2. Præpos. *num.* 1. respondit Menoch. *d consil.* 400. *num.* 17. & dicit idem Menoch. *consil.* 331. *num.* 48. quod quando feudum est fœmineum, ut quia ad fœminam pervenit, si deinde in eo masculi successerunt, & deinde fœminæ, quod si postmodum existent masculi & fœminæ, quod ipsæ fœminæ, si sunt gradu proximiores, præferuntur masculis, allegans ad hoc Anchar. *consil.* 139. *colum.* 3. *versic. rursus etiam. & colum.* 5. *versic. rursus etiam. & col.* 5. *vers. sed dicere.*

25 Altera causa hæc est, quod † regula illa suam vim obtinere dicitur duntaxat respectu illius successionis, à qua semel exclusa fuit fœmina, non autem successionis ultimo defuncti, ideoq; licet exclusa maneat, nihilominus fratri absque masculo ultimo defuncto succedere potest. Ita declarando *d.* §. *quin etiam.* scribit *ibidem* Bald. *numer.* 3. Castrens. *consil.* 191. *volum.* 2. Gozadin *consil.* 9. *num.* 59. Socin. jun. *cons.* 82. *num.* 10. *volum.* 4. *& cons.* 104. *num.* 12. *volum.* 2. Alciat. *cons.* 162. *numer.* 19. *& cons.* 199. *num.* 46. Cephal. *consil.* 30. *numer.* 53. *lib.* 1. Burtat. *cons.* 80. *num.* 10. *lib.* 1. & quanquam de hac declaratione dubitent Paris. *cons.* 22. *num.* 18. *volum.* 1. & Cacheran. *decis. Pedemont.* 22. *num.* 51. *versic. nec obstat.* tamen ab ea recedendum non esse existimat Menochius *dicto consilio* 331. *num.* 61.

Huc faciunt quæ respondit Bald. *cons.* 200. *numer.* 2. *volum* 5. in feudo masculos extinguere fœminam, saltem interim, per textum, quem citat *in d.* §. *quin etiam. & in consil.* 202. *num.* 2. *volum.* 2. ubi in hæc verba scribit: Multum refert inter exclusionem & cessationem. Mulier enim vivente masculo potius videtur cessare, quam extingui in spe sua: alias sequeretur, quod ordo datus, ut primum masculus, deinde fœmina succedat, esset impossibilis, quia statim masculus excluderet fœminam in perpetuum, quod est falsum, & quæ ibidem apud Baldum latius sequuntur. Eodemque pertinent scripta ab eodem Baldo *in d.* §. *quin etiam.* & à Socin. sen. *cons.* 63. *col.* 2. & Socin. jun. *consil.* 76. *num.* 112. *volum.* 1. *& consilio* 104. *num.* 11. *&* 12. *volum.* 2. & à Ruino *cons.* 9. *num.* 7. *vol.* 1.

Non etiam obstat argumentum quartum & quintum, quoniam id, ut dictum est, procedit in casu dubio, qui interpretationem commode recipit, secus vero in his, in quibus manifestum est à jure communi recessum esse, ut in casu non omnino absimili scripsit Hartman. Pistor. *dicto consil.* 21. *num* 32. *& sequent.* At à jure communi recessum esse in successione feudorum M. supra ostensum est ex totius dispositionis serie, & ex verbis ipsis, ut interpretationem quærere & glossam, calumnia magis sit quam interpretatio, & vero verba multo magis clara sint ex parte sororis, quam ex parte nepotum, cum soror extra omnem controversiam sit proximior, & proximiorum appellatione non minus contineatur fœmina, quàm masculus, *Alexand. cons.* 124. *vol.* 7. *Gozad. consil.* 20. *num.* 8. *Dec. consil.* 466. *num.* 11. *& cons.* 527. *nu.* 4. *Tiraquell. de retract.* §. 1. *gloss.* 9. *n.* 200. *&* 219. *&* §. 11. *gl.* 1.

Et quamvis † per fœminam familia non conservetur, fœmina tamen ex masculo descendens non minus quam masculus dicitur, atque est de sua familia, de domo & agnatione masculina, *per tex. in l. voluntas. C. de fideicom. ubi Dd. l. lege* XII. *tab. C. de legitim. hered. Alexand. in l. cum quadam puella. num.* 14. *ff. de jurisdict. Dec. in l.* 2. *num.* 95. *ff. de regulis juris. & consil.* 287. *num.* 12. *Ruin. consil.* 153. *num.* 9. *volum.* 2. *Paris. consil.* 20. *num.* 33. *& seq volum.* 2. *& consil.* 47. *num.* 56. *volum* 3. *Cravett. consil.* 67. *num.* 3. *lib.* 1. *Socin. consil.* 227. *colum.* 8. *versic. quibus tamen non obstantibus. num.* 5. *volum.* 2. *ubi dicit, hoc etiam procedere in agnata extra familiam nupta, quem refert & sequitur Cephal. cons.* 53. *n.* 86. *lib* 1. 26

Apparet vero etiam ex omnibus dispositionis huius circumstantiis disponentem, & ordines diœceseos M. consentientes dispositioni illi, non habuisse rationem agnationis conservandæ. Si enim hæc ipsorum fuisset mens atque intentio, non vocassent filias deficientibus filiis præ cæteris agnatis, non etiam ullam paritatis gradus mentionem fecissent, non etiam ullam distinctionem adhibuissent, sed juris communis dispositioni id reliquissent, aut certe expressissent, quandiu masculi de familia & agnatione vasalli defuncti superessent, fœminas ad successionem non admittendas, sed excludendas esse.

Tanto vero minus agnationis rationem disponentem & consentientes habuisse, apparet quod vocarunt, die nechste Erben vnd Bluts-verwandten/ secundum illud quod dicitur, propinquis † ad successionem vocatis non præsumi 27
consideratam rationem conservandæ agnationis, *per tradita à Decio cons.* 446. *in fi. Alciat. cons.* 69. *Cravet. cons.* 250. *nu.* 4.

Concludo itaque ex præmissis nobilis C. à L. sororem unicam ad feuda M. solam admittendam, & nepotes neptesque ex fratribus & sororibus prædefunctis ab illorum successione excludendam esse.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

In secunda quæstione animadverto controvertentes in eo convenire, quod ad feuda O. deficientibus filiis defuncti admittantur filiæ, exclusis cæteris omnibus lineæ transversalis agnatis, tam maribus quam fœminis.

Et prima quidem fronte videtur respondendum esse, sororem defuncti ad probationem dicti sui teneri, eo quod juris communis feudalis præsumptionem contra se habeat, quo ut in præcedenti quæstione dictum est, feudum masculinum potius quam fœmininum censetur, & mares fœminis præferri solent, nec dubium sit in jure,

28 in jure, quod is, † qui præsumptionem contra se habet, ad probandum id, quod dicit, teneatur, ut pluribus confirmat Mynsing. *observat*. 68. *centur*. 5. ideo ut si in contrarium est juris præsumptio, probatio fieri debeat evidentissime.

Verum hoc etiam casu censeo potiores esse partes sororis defuncti, neque ipsam ulla dicti sui probatione gravandam esse. Primum enim, si soror in possessione est bonorum feudalium
29 in diœcesi O. sitorum, eo ipso † quod possidet, ad probationem ullam non adstringitur, §. *com-*
30 *modum. Instit. de interdict.* Si † vero nondum in possessione illorum est, debet tamen in possessionem immitti, & in ea conservari, donec doceatur de juribus adversariorum, ut respondit Dec. *cons*. 588. *num*. 10. & 11. Curt. jun. *in tract. feud. part*. 3. *num*. 23. Bran. *cons. feud*. 1. *num*. 15. *volum*. 1. Paris. *cons*. 23. *num*. 89. *volum*. 1. Bald. & Alvarot. *in c*. 1. *colum*. 2. *in fin. de success. feud.* ubi etiam Afflict. *numer*. 116. & *decis. Neapolit*. 119. ubi concludit, ita fuisse decretum per totum consilium, & novissime Socin. jun. *cons*. 75 *num*. 26. & *seq. vol*. 1. quos allegat & sequitur Cephal. *cons*. 30. *num*. 15 & *seq. lib*. 1.

Deinde videmus extra controversiam esse, filiam admitti post filium, atq; ita fœminam post marem, etiamsi in linea transversali mares sint.
31 Etsi vero † non ignorem, primum acquirentem facilius prospicere descendentibus, quàm transversalibus, per multa adducta ab eodem Cephalo *d. cons*. 30. *num*. 34. & *seq.* verosimile tamen est, primum acquirentem in linea transversali nullam habuisse sexus rationem, sed indifferenter agnatis suis prospexisse.

Tertio feuda O. sunt Ecclesiastica, quorum non minus fœminæ, quàm mares, sunt capaces, & in quibus sexus ratio ex communi usu observari non solet, & si quod dubium ea de re esset, nec de consuetudine satis appareret, videndum esset, quid in vicinia usu observetur, atque adeo cum ea sit natura feudorum M. ut in quæstione præcedente dictum est, & diœcesis M. diœcesi O. vicina sit, præsumitur idem esse jus in feudis O. quod est in M. aut saltem naturam feudorum O. interpretandam esse ex natura feudorum M.

Quarto, feuda Ecclesiastica pleraque sunt hereditaria, in quibus succeditur ex dispositione juris communis civilis, & cum O. feuda nostra quidem opinione hereditaria sint, non quos jus feudorum, sed quos jus commune civile ad successionem vocet, attendendum est, *per ea quæ notavit idem Cephal. d. cons*. 30. *n*. 39.

Atque hæc cum ita sese habeant, non obstat præsumptio contra sororem supra in medium allata, quoniam illa tum demum locum habet, si præsumptiones nullæ sint aliæ, quibus tolli possit, prout hoc casu præsumptiones sunt, quæ
32 modo sunt expositæ. Præsumptionem † autem à præsumptione tolli, multis docet Menoch. *de præsumpt. lib*. 1. *quæst* 30. *per discursum*.

Hermannus Vultejus I.V.D consignabat, salvo rectius sentientis judicio, mense Februario, anno Christi M. D. LXXXXI.

CONSILIUM XXIIII.

Quod est

JOANNIS GOEDDÆI

Jurisconsulti & Professoris in Academia Margurgensi.

De contractu mariti, ex quo uxor sive vidua ejus convenitur.

SUMMARIA.

1 *Auxilio divino omnes actus humani sunt inchoandi & instituendi.*
2 *Nihil magis fidei humanæ convenit, quàm à quovis etiam muliere pacta servari.*
3 *Uxor pro marito promissore non tenetur, nisi ipsamet suo nomine contraxerit, & è contra.*
4 *Geminatio verborum enixam promittentium voluntatem arguit, nec est sine singulari effectu operandi, & num*. 148.
5 *Mulier proprium factum promittens, nullo Senatusconsulti gaudet beneficio, sed communi jure utitur, & num*. 149.
6 *Negotio alieno se ingerens, quod alius paratus erat suscipere, de levissima culpa tenetur.*
7 *Idem in mandatore obtinet.*
8 *Et multo magis in administratoribus publicis.*
9 *Color quæsitus inter virum & uxorem debitori non nocet.*
10 *Ibi idem jus ubi eadem ratio.*
11 *Quicquid est in relato, id in referente censetur esse repetitum.*
12 *Uxor ex communi negociatione pro marito tanquam correa tenetur, nec ullo Senatusconsulto gaudet, & num*. 158.
13 *Ne quidem beneficio auth. si qua mulier.*
14 *Quoties maritus pro sua & uxoris vel familiæ sustentatione debitum contrahit, uxor in subsidium tenetur.*
15 *Statuto & consuetudine introduci potest, ut uxor pro marito, & vice versa, teneatur.*
16 *Consuetudo uniti vel conjuncti unius loci extenditur ad locum alterum, adde num*. 162.
17 *Qui aliena debita, vel partem eorum solvit, ad quæ non adstringebatur solvere, nec solutum repetere, neq; etiam solutionem reliquorum detrectare potest, adde num*. 164.
18 *Argumentum ab ultima voluntate ad contractum affirmative procedit. Limitatur nu*. 166.
19 *Qui merum & mixtum imperium habet, habet & fiscum.*
20 *Regalia, fiscalia & fisci jura sunt.*
21 *Ex contractu cum fisco inito, etiam uxoris bona in subsidium tenentur.*
22 *Publicum commodum præfertur privato.*
23 *Uxor in causis necessariis, justis & honestis pro marito etiam cum effectu obligatur.*
24 *Conjuges una eademq; caro sunt, & eos omnium infortuniorum oportet esse participes.*
25 *Renunciantibus juri suo non datur, regressus, & num*. 203.
26 *Mulier extra judicium Senatusconsulto Vellejano renunciare non potest.*

27 *Vel-*

27 Vellejanum ob bonum publicum introductum.
28 Privatorum pactis juri publico derogari non potest.
29 Mulier eâdem facilitate ad renunciandum, qua ad intercedendum inducitur.
30 Mulier renuncians Senatusconsulto Vellejano decipitur, rerumq; suarum damnum incurrit.
31 Exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis.
32 Filiusfamilias non potest renunciare Senatusconsulto Macedoniano.
33 Communis opinio dicitur, mulierem Vellejano renunciare non posse.
34 Magis tamen recepta est, si mulier certiorata sit renunciationem esse firmam.
35 Invito beneficium non datur, neq; volenti fit injuria.
36 Senatusconsultum Vellejanum principaliter non bonum publicum, sed privatum respicit.
37 Cujusmodi juri renunciari potest.
38 Fragilitas consilii in mulierem non cadit, si de jure suo certiorata sit.
39 Dispar ratio est Macedoniani & Vellejani, & proinde dispar quoq; jus.
40 Regulæ standum, donec exceptio doceatur, adde num. 147.
41 Autoritas autoritate contraria tollitur.
42 Qui dicit omne, nihil excludit.
43 Ejusmodi clausula universalis trahitur etiam ad casum improprium.
44 Ostenditur, quæ verba sint universalia.
45 Renunciatio uti quilibet alius actus ex causa finali æstimatur.
46 Causa finalis ex proœmio contractus cognoscitur, cum proœmium rei & causæ qualitatem & quantitatem contineat.
47 Distinguenda est causa finalis ab impulsiva.
48 Nemo præsumitur actum inanem voluisse condere, sed ut omni meliore modo valeat.
49 Nullum verbum, nullaq; syllaba in contractu ociose posita censeri debet.
50 Verba potius impropríanda, quàm ut superfluitas inducatur.
51 Quoties pecunia in rem mulieris versa est, aut maligne consumpta, efficaciter uxor pro marito tenetur, neq; auth. si qua mulier, hoc casu locum habet.
52 Quisq; pro suo potius, quàm alieno præsumitur possidere.
53 Culpa est suâ die non solvere.
54 Fraus fit creditori, qui sua re carere cogitur.
55 Minus solvit, qui tardius solvit.
56 Dies interpellat pro homine.
57 Culpa & mora pari passu ambulant.
58 Administrator ex sua administratione aliquid in usus suos convertens, id de suo solvere tenetur.
59 Officiarius justo tempore à colonis non exigens debitum, in culpa, imo dolo est.
60 Quatenus verum sit, ex factis negativis non posse sumi præsumptionem.
61 Officiales non exigentes debitores, de proprio suo resarcire tenentur, si debitores vel aufugerint, aut decoxerint.
62 Officiales in tempore ab officio suo discedere possunt.
63 Factum, quod propter me cessasse dicitur, mea culpa accidisse censetur.
64 Vxor & maritus dicuntur tenere individuam vitam, & socii divinæ & humanæ domus.
65 Damnum quod quisq; sua culpa sentit, sibi imputabit.
66 Culpa non caret, qui impedimentum non amovet, cum possit.
67 Is negligens habetur, qui ilicò non perficit, quod potest, aut saltem perficere tentat.
68 Contra administratorem, officialem, Ecclesiæ prælatum præsumptio est.
69 Nemo alterius culpa prægravari debet, & quatenus hoc verum sit.
70 Ex pactis in continenti factis contractus tam stricti juris, quàm bonæ fidei legem accipiunt.
71 Verba illa: Samptlich vnd jedes insonderheit/ cuique ex promittentibus actum in solidum attribuunt, ac singulos de singulis capitibus in solidum obligant.
72 Aliena bona administrans bonam fidem agnoscere & de omnibus ac singulis rationem reddere debet.
73 Quot capita rationis redditio in se complectatur.
74 Quare ratio reddenda sit.
75 Quid differentiæ sit inter rationes reddere, & rationes edere.
76 Illud non censetur esse solutum, quod rationibus dispunctis ac disputatis reliquum mansit.
77 An petitoris intentio fundata sit, ex tenore contractus æstimandum est.
78 Instrumenta sunt stricti juris, & proinde non extendenda.
79 Quando ex contrahentium verbis constat, in quantum se obligare voluerint, frustra ad præsumptiones recurritur.
80 Quæ sit vis argumenti à contrario sumpti in jure nostro.
81 Contrahentes non ulterius tenentur, quàm se obligarunt.
82 Probatio doli vel culpæ difficillima est.
83 Actore non probante, reus est absolvendus.
84 Quando exceptio intentionis locum habeat, & quid sit.
85 Neq; dolus, neq; culpa, ne quidem levissima in dubio præsumitur.
86 Vti nec facta.
87 Limitatio hujus regulæ duplex.
88 Dolum præsumi, quoties quis non facit id, quod facere obligatus erat, & quatenus id verum sit, ostenditur.
89 Ex non factis nulla præsumptio, & numero 91.
90 Non est in culpa, qui non fecit, quod facere non tenebatur.
92 Non solum dolus, sed & culpa etiam levissima delictum est.
93 Quatenus verum sit, delicta non præsumi.
94 Exactio tributorum, redituum, & pensionum, virile & publicum officium est.
95 Officium quæstoris magistratus est.
96 Mulier à virili & publico officio remota est.
97 Quatenus fœmina publici muneris dignitatem habere possint.

98 Cul-

98 Culpam non admittit, qui rem sibi prohibitam vel impossibilem non aggreditur.
99 Impossibile quid sit.
100 Illi impune non paretur, qui nullam jurisdictionem in reluctantes habet.
101 Quando factum omissum nihil profuisset, nullam culpam arguit.
102 Culpam non committit, qui rem dubiam non facit.
103 Culpa non nocet, nec ejus ratio habetur, nisi ad casum subsecutum ordinata sit.
104 Factum quod dicitur propter me cessasse, me culpa non obligat, nisi probetur, si hoc vel illud à me factum esset, vel non esset, omnino fuisset factum.
105 Probatis altercationibus, non continuò probatum est, eas alterius culpa fieri.
106 Culpa nulla ibi est, ubi nulla est mora.
107 Mora ibi nulla, ubi nulla petitio.
108 Dies interpellat pro homine.
109 Relatum cum omnibus suis qualitatibus intelligitur esse in referente.
110 Damnum quod quisq; sua culpa facit, non quod aliena accidit, sentire debet.
111 Non sufficit fraudem allegare, sed oportet eam etiam docere.
112 Neq; sufficit fraudem in genere docere, sed necesse est, ut doceatur in specie.
113 Et quidem talis, quæ sit causa finalis facti, seu ejusmodi, ob quam solam factum contigit.
114 Culpa ad casum non est ordinata, nisi quando sine ea non evenisset.
115 Culpam, imo dolum esse, non facere id, ad quod quis est facere obligatus: quatenus verum sit, declaratur.
116 Quilibet præsumitur bonus.
117 Quilibet officialis à lege præsumitur debitam diligentiam in administrando officio suo adhibuisse.
118 Rationibus pro officiali & tutore in dubio credendum est.
119 Quomodo à tempore præterito ad præsens argumentetur, ostenditur.
120 Qui in uno diligens est, diligens etiam præsumitur in alio.
121 Improvisa calamitas & sterilitas facit, ut pensiones, canones, indicta, dacia, exigi non possint.
122 Inanis actio est, quam inopia debitoris excludit.
123 Culpa nulla ei imputari potest, qui fecit, quod debuit, aut potuit.
124 Regula est: Privatio præsupponit habitum, cujus usus docetur.
125 Item hujus: Culpa caret, qui mandato domini vel magistratus sui in rebus nullam atrocitatem habentibus paret.
126 Frustra culpam objicit, qui causam ei præbuit.
127 Nemo administrator tenetur de casu fortuito, nisi nominatim in se recepisset.
128 Nemini officium suum propter factum alterius erit damnosum.
129 Principali non existente obligato, neq; fidejussor tenetur.
130 Vox, ob wir / & vox, alßdann / item, so sollen / respondent voci, si, & tunc. & conditionem important.
131 Verba tunc alßdann/item/zum fall/ oder/auff solchen fall/ hoc est, in eum eventum, non aliter, vel in tali casu, verba sunt futuri temporis, & quamcunq; dispositionem, etiam favorabilem restringunt ad hæc ipsa, ad quæ se referunt.
132 Conditionalis promissionis natura est, ut antequam conditio existat, neque obligatio, neque actio sit, & nu. 142.
133 Ad veritatem copulæ requiritur, utramq; partem esse veram.
134 Qui se in obligatione conditionali fundat, conditionem in forma specifica extitisse, docere debet.
135 Contractus, à quo lex removet potentiam, vel quem prohibet, ipso jure nullus est.
136 Quod ipso jure nullum est, nullum producit effectum, sed judex etiam, parte non opponente, exceptionem nullitatis attendere potest.
137 Contractus, in quo mulier pro marito intercedit, vel unà cum marito se obligat, ipso jure nullus est, nisi ostendatur, creditum in rem mulieris versum esse.
138 Quod verum est, etsi mulier contractum sæpius ratificaret, vel maritus & uxor se ambo principales debitores constituerent; imo licet mulier principaliter se obligaret, & maritus fidejuberet.
139 Refutatio argumentorum in diversam partem motorum, quid in jure operetur.
140 Quatenus regula locum habeat, pacta & conventiones tam à fœminis, quàm viris servanda esse.
141 Quid importent verba in definitione obligationis posita: secundum nostræ civitatis jura.
143 Promissio in id, quod interest, aut pœnæ nomine promissum, non prius censetur commissa, ut ex ea agi possit, quàm si contra factum sit, quàm fieri oportuit.
144 Quilibet præsumitur hoc fecisse, quod jure faciendum erat.
145 Ostenditur, quando mulier pro & cum marito obligati efficaciter possit.
146 Item, quomodo habilitas in quocunque actu præsumatur.
150 Verba pro natura, qualitate & conditione rei subjecta sunt accipienda.
151 Mulier pro marito intercedens, ne quidem in publicis administrationibus tenetur.
152 Mulier locuples non animo fraudandi creditorem pro marito intercedere creditur, sed potius ipsam, ut intercederet, fraude esse inductam, præsumptio est.
153 Ubi aliqua vel levissima donationis inter conjuges suspicio est, mulier ipso jure non obligatur.
154 Diversitas facti diversitatem juris desiderat, & numer. 198.
155 De connexis idem est judicium, & accessorium sequitur suum principale.
156 Nullus socius ex negotio socii extra societatem gesto obligatur.

213 Fide-

213 Fidejussor succedens reo principali, excussionis beneficium non habet.

214 Excussionis exceptio tàm post, quàm ante litis contestationem, etiam ad conclusionem usque opponi potest.

215 Maxime gaudent beneficio excussionis indemnitatis promissores, & conditionales expromissores.

216 Indemnitatis promissor proprie fidejussor non est.

217 Qui pro Reip. vel fisci debitoribus intercedunt utplurimum indemnitatis fidejussores seu subordinati promissores existimantur.

218 Ante Novell. 4. liberum fuit à fidejussoribus simpliciter acceptis, rectà initium facere, principali nondum discusso.

219 Fidejussores magistratuum, administratorum, civitatum, & officiariorum ac debitorum fisci, ante reorum principalium excussionem conveniri non possunt, etiamsi beneficio excussionis renunciaverint.

220 Qui ipsemet principalis reus, ex negotio quod agitur, existere non potest, sed tantum subordinatus seu subsidiarius, revera indemnitatis promissor judicatur.

221 Indemnitatis fidejussor ante reum principalem conveniri non potest, etiamsi ordinis beneficio renunciasset, & num. 224.

222 Quod verum est, etiamsi juramento renunciationem confirmasset.

223 Prius excutiendi, qui reliqua debent, & quid sint reliqua.

224 Communem esse sententiam, quod principales se pro aliis constituentes selbst schüldige Bürgen/etiam beneficio ordinis gaudeant.

225 Constituentes & fidejussores quoad ordinis seu excussionis beneficium pari passu ambulant.

226 Taciti non est major vis, quàm expressi.

227 Quisque censetur idoneus & solvendo, donec contrarium probetur.

228 Non sufficit quid notorium dici, nisi etiam tale doceatur, & super eo sententia judicis declaratoria intercedat.

229 Mulier non solum causa, sed & temporis privilegio vallata, merito omnibus indistincte creditoribus praefertur.

231 Fidejussor non habet ordinis privilegium, quando ex mero facto obligatus est: secus autem si factum mixtum in stipulationem sit deductum.

232 Exceptio ordinis quatenus de apicibus juris sit, declaratur.

233 Clausula doli mali ex contractu stricti juris non facit contractum bonae fidei.

234 Certus actionum bonae fidei numerus est.

235 Actionum aliae bonae fidei, aliae stricti juris sunt.

236 Propria rei adjuncta tolli vel mutari non possunt.

237 Nemo fidejussor de eo conveniri potest, de quo non promisit.

238 Dolus cum dolo, delictum cum delicto, & culpa cum culpa compensatur.

239 Idem in mora verum est: & quis in mora constitutus censeatur, necne.

240 Mora, quia dolus & culpa est, delictum est.

241 Postrema mora nocet, & postrema culpa spectatur.

242 Mors facit cessare moram.

243 Qui bona fide obtemperat, nullam poenam meretur.

244 Mora, culpa, dolus, circa diversa non compensantur.

245 Quatenus verum sit, compensationem doli cum dolo, delicti cum delicto, culpae cum culpa non admitti, si posterius delictum prius, vel posterior dolus aut culpa priorem tollat.

246 Lata culpa cum levi, & levis cum levissima non compensatur, quatenus hoc verum, numero 248.

247 Gravior est culpa, quae in prohibendo seu committendo consistit, quàm quae in omittendo.

249 Si paritas doli vel culpae adsit, potior causa ejus est, qui de damno vitando certat.

250 In pari causa lucri & damni magis reo quàm actori favendum est.

251 Perpetua & continua sterilitas, item hostiles incursus & tumultus bellici inter casus fortuitos, & quidem insolitos, referuntur.

252 Casum fortuitum, quem culpa obligati non praecessit, nemo praestat.

253 Quod verum est, etiamsi quis casum in se recepisset, nisi verba nimis praegnantia sint recipientis.

254 Reprehenditur Calcanius, qui in stricti juris contractibus promissorem à casu fortuito non excusari statuit generaliter, & in quibus rebus seu contractibus id verum sit ostenditur.

255 Solutio ejus quod interest in numerata pecunia, frumento aut vino esse potest: ipsum tamen, quod interest, non debetur ut quantitas, sed ut species.

256 Fidejussio stricti juris est, & proinde stricte interpretari oportet.

257 Ad executionem rationum redditionis pertinet calculi dispunctio & pariatio.

258 Negotium ad executionem contractus pertinens, non est novus contractus, sed pars & sequela ejus, à quo descendit. adde num. 267.

259 Generalibus vel universalibus verbis facta fidejussio, extenditur ad omnia ea, quae ex principali contractu seu negotio originem trahunt, adde num. 268.

260 Novum non est, quod ex declaratione, examinatione & liquidatione est.

261 Item, quod continuatur, unum & idem, non diversum negotium reputatur.

262 Quoties posterior conventio nova continet capita, vel alia, quàm quae sunt in priore, nova conventio ac novus contractus intelligitur.

263 Nova fit species, quando qualitas forma aut materia rei adjicitur vel detrahitur.

264 Diversa sunt, teneri quem ad id, quod interest, si quid dolo vel culpa malegestum sit, & teneri ad id, quod facta dispunctione & pariatione reliquum manet.

265 Vtrum hoc casu posteriore conventione novatio facta sit, si novae personae, nova summa, novae res in stipulationem deducta sit, nec id novandi animo fieri exprimatur.

266 Quis effectus novationis.

269 *Quando in singulos annos promissio est concepta, tot sunt stipulationes, quot anni, & numero 271.*
270 *Si quid requiritur esse tale, non sufficit esse, nisi etiam doceatur esse tale.*
272 *Quoties terminus obligationis certus debitori principali prorogatur, invito vel inscio fidejussore fidejussor exceptionem prorogationis objicere creditori potest.*
273 *Aliud est, si tempus solutioni, non obligationi adjectum sit.*
274 *Secus item est in fidejussore absq; termini circumscriptione dato. Hic enim etsi non de futuris, de præteritis tamen tenetur.*
275 *In praxi multum est, decisionem in terminis habere.*
276 *Inter juris interpretes dubium, utrum mulier præferatur omnibus mariti creditoribus, non solum tacitam, sed & expressam hypothecam habentibus.*
277 *Statuto & consuetudine introduci potest, ut tit. C. ne uxor pro marito, tollatur, & ne uxor ullo dotis vel prælationis gaudeat privilegio, adde numer. 302.*
278 *Mulier quæ omnibus privilegiis muliebribus renunciat, etiam privilegio tacitæ hypothecæ & prælationis renunciare censetur.*
279 *Mulier quæ propriam causam tractat, ac sui honoris & commodi gratia pro marito intercedit, non gaudet beneficio retentionis.*
280 *Fiscus cum fœmina concurrens præfertur.*
281 *Causa dotis privilegiata est, sed non quoad paraphernalia.*
282 *Non gaudet jure retentionis quæ cum marito communem negociationem exercet.*
283 *Retentioni non est locus, nisi ubi id lex expressit.*
284 *Retentio non datur pro debito, quod occasione rei retinendæ non est contractum, si eius debiti occasione ea res ad retinentem non pervenit.*
285 *Liquidi cum illiquido compensatio nulla est.*
286 *Retentio est species compensationis.*
287 *Mulier cum viro bona eius jure familiaritatis possidere dicitur, eiusq; possessionis causa cum marito non finitur.*
288 *Nemo sibiipsi causam possessionis mutare potest: fallit in muliere.*
289 *Mulier superstes in possessione mariti manens, præsumitur omni meliori modo possidere.*
290 *Exponitur & declaratur mens Mynsingeri.*
291 *Propter unius authoritatem non est fas à communi & recepta sententia recedere.*
292 *Uxor, ad quam maritus ex alio territorio vel municipio venit, post obitum mariti non tam ad sua bona venire, quàm in iis mansisse videtur.*
293 *Possessio itemque detentio uti compensandi, sic multo magis jus retinendi conferunt.*
294 *Uxor defuncto marito in bonis eius omnibus jus retentionis habet, adde num. 297.*
295 *Uxor in omnibus bonis mariti tacitam hypothecam habet, non solum pro dote, sed & pro donatione propter nuptias.*
296 *Mulier in donatione propter nuptias & rebus paraphernalibus jus prælationis non habet, sed tamen jus tacitæ hypothecæ habet.*
298 *Cui datur actio ad rem repetendam, ei multo magis retentio vel exceptio ad rem defendendam concedenda est.*
299 *Facilius permittitur retentio, quàm petitio.*
300 *Qui jus hypothecæ habet, multo magis ius retentionis habet.*
301 *Respondetur illis, qui veriorem sententiam esse existimant, mulierem non præferri anteriorem hypothecam habentibus, sed tantum tacita munitis, cum cæteris privilegio temporis tantum certare.*
302 *Iniquitatis arguitur statutum & consuetudo, qua statuitur, uxorem pro marito conveniri posse, aut, qua mulier privilegio prælationis privatur.*
303 *Statutum vel consuetudo, qua marito facultas bona uxoris dilapidandæ conceditur, irrita est.*
304 *Non sufficit aliquid allegare, nisi etiam probetur.*
306 *Aliud est ius circa prælationem dotis, quàm est circa res paraphernales & donationem propter nuptias.*
307 *Si mulier in certo aliquo negotio societatem cum marito ineat, suisque privilegiis renunciet, hoc ultra id negotium non est extendendum.*
308 *Ostenditur, in quibus retentio & compensatio conveniant, & in quibus differant.*
309 *Retentio quæ iure hypothecæ fit, magis privilegiata est, quàm compensatio.*

CASUS.

FACTI species, de quo consilium petitur, ejusmodi est: Superioribus annis B. A. & B. B. in F. conduxerunt quæstorem I. S. ut & jurisdictionalia exerceret, cōpetentia & reditus C. tum & B. A. & B. B. in F. exigeret, ac quotannis rationem redderet. In quorū laborum compensationem certam pecuniæ summam ei promiserunt, tum & illud, ut œnopolium certo anni tempore exerceret. Suo igitur & uxoris nomine conscripsit obligationem, in qua hæc & multa alia se curaturum promiserat, & inter cætera, quod debita incerta, dubia, & à multis denegata vellet certa & indubitata efficere, ac reliquum singulis annis totaliter solvere. Obligabantur utriusque conjugis bona vinculo hypothecæ. Toto autem illo tempore, quo hanc quæsturam I. S. administravit, & vina & segetes fatalitatis damna sustinuerunt, nec nō & incursiones hostiles factæ, ac militum

militum congregationes eo loci extiterunt, ut subditi & censiti nimium exhausti satisfacere non potuerint. Tandem hoc anno resignavit I. S. & dimissionem petiit. Sed rationis redditio nõ nihil dilata. Tandem reddita fuit, ac magna pecuniæ summa in reliquatione permanente: quam subditi & censiti prope omnem quæstori debebant, ac nunc etiam debent. Quoties autem exigere extantia à subditis & censitis voluit, etiam durante administratione B. A. vel differre in alium omnes jussit, vel intercessit pro dilatione danda, vel expostulando etiam nimiam ei objecit severitatem, qua in exigendo uteretur. Minus autem auxilii consequi potuit, deposito officio. At nihilominus ab ipsomet exquæstore solutionem extorquere volunt, eoque adigunt, ut novam det obligationem, qua intra certum tempus promittit, se omne reliquum soluturum. Huic uxor ejus E. non consensit. Paulo post I. S. moritur, relicta post se vidua sua E. quæ pro marito obligata dicitur vigore primæ obligationis saltem, si non secundæ, tum etiam propter redditionem rationum. Quæritur igitur primo, an B. A. fundatam habeat intentionẽ adversus defuncti viduam ream? Secundo, si fundata sit, an, & quibus exceptionibus eam hæc rea elidere possit? Tertio, an rea habeat jus retentionis & prælationis in bonis mariti, ob res dotales, paraphernales, & alias à marito defuncto alienatas?

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

1 Divino † auxilio, omnis veritatis & justitiæ fonte, juxta præceptum Apostolicum, de quo *in can non liceat. 29. quæst. 5. & can. non observetis. 26. quæst 7.* implorato, quo solo ad omnia consilia omnesque actus recte semper progredimur, *l. 2. C. de offi. præf. prat Afric. Novell. de quæstor. Novell. de armis.* ad primam quæstionem prima fronte videbatur affirmative respondendum esse.
2 Quid † enim magis convenit fidei humanæ, quàm ea, quæ inter homines placuerunt, servare? *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de constitut. pecun. c. 1. extra. de pact.* Ideoque Justinianus generaliter & indistincte, sive mas sit, sive fœmina, qui quæve promiserat, sancivit, ut si quid scriptis cautum sit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem à stipulatore exigere, cum nimis indignum sit, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere. *l. generaliter. 13. C. de non numer. pecun.* Mulierem itemque non minus quàm marem promissione sua obligari, ac fidem servare teneri, non solum probat id, quod Ulpian. *in l. 3. ff. de negot gest. & in l. 1. ff. de verborum significat.* respondit, & late disputat Jason *ad l. 7. ff. de jurisdict. omn. judic.* sed etiam hoc ipsum, quod omnes fere contractus sunt juris gentium, *l. ex hoc jure, ff. de just. & jur.* inter marem & fœminam non distinguentis, *l. maximum vitium C. de lib. prater.* omnesque contractus bonam fidem postulant, *l. bonam fidem. 4. C. de oblig. & act.* ut nec sine peccato sit, si quis datam fidem fallat, quia non tribueret cuique, quod suum est, nec veritatem adventitio lucro præferret, imo legem violaret. Quicquid enim paciscentibus placuit, legis habet vigorem, *ut per l. legitima. ff. de pactu. post Bald. cons. 213. quidam nobilis. in fin. vol. 3.* respondit *Tib. Decian. resp. 4. nu. 7. vol. 1. & resp. 29. nu. 7. vol. 2.* Legibus autem fœminas æque ut masculos subiici, haud dubitatur, *per l. 3. l. leges. 9. C. de legib. l. jura non in singulas. ff. de legib.*

Etsi † itaque hoc largiremur merito, uxorem pro marito promissore non teneri, cum certissimum sit, ex alterius contractu neminem obligari, *l. 3. in fin. C. ne uxor pro mar.* si tamen uxor ulterius progressa sit, atque ita contraxerit, bonam fidem agnoscet, & quod promisit, servabit, *arg. d. l. 3. verb. nisi ipse pro ea se obnoxium fecit. C. eod.* ubi Impp. statuunt, maritum pro uxore non posse conveniri, nisi ipsemet se propria promissione sua pro ea obstrinxisset. Quod si ita est in marito, cur idem non erit in uxore pro marito, vel præter maritum suo contractu se obnoxiam constituente? Nam maritus & uxor à pari procedunt, *c. præcipit Dominus. 32. q. 5.* & ut D. Hieronymus, Quicquid, inquit, viris præcipitur, hoc consequenter redũdat ad fœminas; & vice versa, apud nos, quod non licet fœminis, æque non licet viris, & eadem servitus pari conditione censetur, *c. apud nos 32. q. 6.* Itaque Joh. Petr. Surd. *cons. 367. nu. 8.* in terminis de fœmina una cum marito & pro marito se obligante respondit, pacta servari oportere, & habilitatem personæ præsumi in quocunq; actu; ut qui vult dicere, quod mulier se non potuerit obligare, teneatur hoc probare, & licet mulier arceatur à publicis officiis, *l. 2. ff. de regul. jur.* non tamen prohibetur propria gerere negotia, & res suas tractare, & non solum cum aliis, sed etiam cum viro proprio potest omnem contractum bona fide, & fraude semota, facere, excepta donatione, *l sponsus, §. circa venditionem. ibi gl. in verb. momenti. ff. de don. inter vir. & ux. Andr. Gail. obs. 90. in fin. lib. 2. pract. obs. Joh. Pet. Surd. d. cons. 367. n 8 & 9. & decis. 75. n. 14. & seq Francisc. March. decis. 508.* At hic in donatione non versamur, sed de contractu quæritur. 3

Et certe verba † obligationis sunt valde prægnantia, & sæpius geminata, quæ enixam arguũt voluntatem promittentium, *l. Balista. ff. ad Senatusconsult. Trebell. Menoch. cons. 63. n. 13. cons. 215 n 54. cons. 222 n. 36. cons. 255. n. 4. Hier. Schurff. cons. 37. nu. 10. cent. 2. per l. cum scimus. C. de agr. & cens lib. 11.* imo enixiorem, *Franc. Bursat. cons. 13 n. 12. Paris. cons. 58. n. 10. vol. 3.* & nunquam esse debent sine singulari effectu operandi, *Iohan. Petr. Surd. cons. 179. nu. 18. volum. 2.* 4

Deinde etsi in eodem instrumento cum marito se obligavit, tamen proprium promisit factum, propriamque diligentiam, his verbis: Ich J. D. S. vnd ich E. seine eheliche Haußfraw/ 2c. Et paulo post: Denselben Dienst/ sampt allem/ so demselben anhängig / vnsers besten fleisses / vermögens vnd getrawens / die wehrende Dienstzeit vber fürzuseyn/ 2c. Item / daß darauff wir obberührte Eheleute sämptlich vnd jedes insonderheit/ nicht allein vnsere Haab vnd Nahrung/ 2c. Ideoque cum effectu obligata est, quatenus constat, debitam non adhibuisse diligentiam ac solicitu-
5 dinem, &c. Mulier † enim proprium factum, etiam cum marito, promittens, ac principaliter contrahens, non censetur peculiari aliquo privilegio Senatusconsulti gaudere, *l. 3. l. 4. l. quamvis. 8. §. 1. l. bona fide. 27. in fi. ff. ad Senatuscons. Vellej. l. 2. l. quamvis. 9. l. si adversarius. 10. C. ad Senatuscons. Vellej. d. l. 2. ff. de neg. gest. l. fin. § fin. ff. de oblig & act.* Sed factum, quod promisit, quamprimum potest, adimplere tenetur: & nisi impleat interpellata, in mora constituitur, *l. si ita quis promiserit. 135. § Seja cavit. ff. de verb. obligat. facit generalitas in l. si insulam. 84. ibi Dd. ff. eod.* perinde ac si vir esset, *per ea quæ notat Gail. observat. 89. num. 2. lib. 2. Valent. Francus in tract. de fidejuss. cap. 2. num. 165.* Redigitur quippe mulier ad jus commune, nisi in casibus à jure expressis, inquit Anton. Padilla *ad d. l. fin. C. de jur. & fact. ignor. per illum text.* ubi Leo & Anthemius Impp. Ne passim, inquiunt, liceat mulieribus omnes suos contractus retractare in his, quæ prætermiserint, vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam juris, damnum aliquod circa jus vel substantiam suam patiantur, in his tantum casibus, in quibus præteritarum legum autoritas eis suffragatur, subveniri. Et certe quod circa administrationem huius officii constiterit prætermisisse, circa id non potest præteritarum legum autoritatem suffragantem sibi adsciscere, cum fœminæ propria culpa damnum patienti in proprio negotio nullibi succurratur, *l. si mulier. 15. l. bona fide. 27. in fin. l. fin. in princip. ff. ad Senatusconsult. Vellejan.* quando vix sit, ut aliqua apud eundem pro seipsa, vel pro eodem intercedat, ut in simili respondetur *in l. tutor pupilli. 19. ff. eodem.*

Tanto magis autem tertio obligata ex sua culpa ac negligentia erit, quod fatetur in obligationis suæ instrumento, se precibus & gratia obtinuisse, ut præteritis aliis fortasse diligentioribus, ipsa ad officii huius administrationem unà cum marito admissa sit, juxta hæc obligationis verba: Vns zu deren Keutdiensten in derselben B. der gestalt vnd massen vor andern kommen lassen/ 2c.
6 Nam † si quis se negotio alieno ingesserit, quod alius paratus erat suscipere, nisi hic præripuisset, non tantum is de lata & levi, sed etiam levissima culpa tenetur, *§ igitur cum quis. in fin. Instit. de obligat. quæ ex quasi contr. nasc. l. 6. §. videamus. ff. de negot. gest.* quia ne quidem in hoc culpa caret, quod se alieno negotio sine necessitate aliqua ingessit, quod alius fortasse diligentius & melius erat ge-
7 sturus, *l. culpa est. ff. de regul. juris.* Sed † & alias ex mandati causa mandatarius de omni, atque sic etiam de levissima culpa obligatus est, *l. à procuratore. 13. ibi Bartol. Cyn. & alii. C. mandat.* neque tantum pro his, quæ gessit, sed etiam pro his, quæ gerenda suscepit, tenetur, *l. procuratorem. 11. C. eodem, ubi Bald.* procurator tenetur de culpabiliter gestis, & de culpabiliter non gestis.

Idq; in † administratorib. publicis tanto ma- 8
gis verum est, quanto magis Reipub. interest, omnia recte præstari, per ea quæ Tiber. Decian. *respons. 11. num. 101. vol. 1. & resp. 37. num. 1. volum. 2.* congessit.

Quarto, † qui bona fide personam mulieris in 9
contrahendo secutus est, ob ea, quæ inter virum & uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summovetur, inquit Papinian. *in d. l. bona fide. 27. ff. ad S. C. Vellej.* & Africanus *in l. vir uxori. 17. vers. nunc id contrarium. ff. eod.* fatetur, si quando in hoc mulier mutuata est, ut marito crederet, non obstaturam exceptionem (Senatuscõsulti) si creditor ignoraverit, in quam causam mulier mutuaretur. Quod etiam Diocletianus & Maximianus rescripto suo approbant *in d. l. si fænebris pecunia. 13. C. eod.* adeo ut dicapt, fœminam tali casu patrum decreto nõ adjuvari, licet creditor causam contractus nõ ignoraverit. At hoc nostro casu, quo E. se de propria diligentia & opera præstanda obligavit, si permisit marito rem sibi commend. tam secus tractare, quàm oportuit, aut concessit exactam pecuniam in usus suos convertere, plane idem accidit, ac si bona fide quasi suum negotium gerens, pecuniam mutuo à creditore accepisset, eamq; postea marito utendam concessisset. Cum † ita- 10
que ibi idem jus, eandemq; dispositionem esse oporteat, ubi eadem est ratio, *l. illud. ff. ad l. Aquil. l. à Titio. ff. de verb. oblig. l. ult. C. de const. pecun. Menoch. cons. 93. n. 21. cons. 94. n. 9. & cons. 113. nu. 4. & 5. Francisc. Bursat. cons. 436. num. 15.* &, ut Feudista ait *in c. unic. de allod.* æquitas in paribus causis paria jura desiderat: ac similes omnino casus judicentur, in quibus ratio eadem majorve est, *Bald. in l. illud. col. 1. C. de SS. eccl. & in l. si quis non dicam rapere. C. eo. Aymon Cravet. cons. 561. n. 6. & 7.* Utiq; nec hoc casu poterit juvari E. exceptione SCti Velleiani.

Quinto, tenor obligationis sub lit. B. se refert discrè ad conventiònem principalem inter B. A. & I. T. S. initam, quam sub lit. A. habemus præmissam, ut ita omnia, quæ † in hoc relato instru- 11
mento continentur, in referente cum omnibus suis qualitatibus repetita censeantur, *l. asse toto. ff. de hered. instit. l. ait prætor. §. si judex. ff. de re judic. l. si ita. l. in testamento. ff. de condit. & demonstrat. authent. si quis in aliquo ibi Dd. omnes. C. de edend. l. 2. & l. 3. C. de sent. quæ sine cert. quant. Bart. in l. 1. ff. de recept. arbitr. Aym. Cravet. cons. 45. n. 4. Anton. Natta cons. 204. n. 12. Tib. Decian. resp. 2. num. 217. resp. 3. num. 8. vol. 1. resp. 40. num. 30. resp. 95. num. 5. resp. 113. num. 15. volum. 3. Johan. Petr. Surd. cons. 200. num. 5. & cons. 288. num. 24.* & quidem vere ac proprie, secundum Aym. Cravett. *d. cons. 45. num. 4. vers. quod relatum.* ut dici incertum non possit, quod ex relato certificatur, *d. l. ait prætor. § si judex ff. de re iudic. Johan. Petr. Surd. dicto consil. 288. numer. 24.* Sed ex relato hoc instrumento, litera A. consignato, constat, quod hi coniuges debuerunt œnopolium publicum exercere, vnnd zum Weinschänck sitzen. Ita enim instrumentum habet:

ber: vnd den weinschanck gantz vnd gar/ außer-
halb võ W. biß auff F dero Zeit er daß Weinschē-
cken einstellen/doch die vberige Zeit A maß geben
soll: Quod si ergo Oenopolium exercuit una cũ
marito suo, uti exercuisse probabile est per præ-
dictum instrumentum, cõsuetum regionis mo-
rem, & domesticam conversationem: utiq; non
gaudebit aliquo Senatũsconsulto, vel alio privi-
legio muliebri, imo ne quidem capax censeri de-
bet eius iuris, *d. quæ in l. 1. l. 2. & tot. tit. C. ne uxor pro
mar.* quia secundum Andr. Gail. *obser.* 90. *nume.* 5.
lib. 2 pract. obse. per text. in l. 1. § pen. ff. de exercit. act. &
12 *l. plane ff. pro Soc.* Uxor † pro marito mercatore, cũ
quo communem negotiationem, aut cauponа-
riam exercet, tanquam correa pro marito tene-
tur. Siquidem tali casu quandam cum marito in-
iit societatem, *per l. societatis, l. nemo ex sociis d. l. pla-
ne. ff. pro Soc. & utrobiq; Gabriel Mudaeus:* & expectat
lucrum ac commodum ex tali negotiatione; ut
ideo etiã incommodum, sentire ac sic pro mari-
to veluti correa ex hac communi negotiatione
obligari debeat, *Andr. Gail. d. obs.* 90. *n.* 5. iuxta re-
gulam iuris, quæ æquissimam existimat, ut ibi sit
incommodum, ubi est & cõmodum. *l. secundum,*
10. *ff. de reg. jur.* Idq; ẽt communi Germaniæ con-
suetudine receptum esse, ibidem Andr. Gail. te-
statur, ne bona fide cum fœminis contrahentes
inique decipiãtur, *arg. l. quod si minor. § non semper.
ff. de minorib.* Malitiis quippe hominum, eorumq;
fraudibus, quantum fieri potest occurrendũ est.
*l. in fundo, fin. ff. de rei vind. l. cum hi. § si cum iis. ff. de
transact. Menoch. consi.* 39. *n.* 38.
13 Sexto, si uxor se una cum marito obliget pro
sua vel communi utilitate & cõmodo, adeo ob-
ligatur, ut ne beneficio Auth. *si qua mulier. C. ad S.
C. Vellei.* iuvetur, ne dum aliquo alio; *secundum Ca-
strẽ. in d. Auth si qua mulier. & Anto. Thessau. dec. Pede-
mont.* 223. *numer.* 15. ubi scribit limitari primo *dict.
Authent. si qua mulier.* ut non procedat, quando
mulier obligãt se cum viro pro sua, vel commu-
ni utilitate.

At totum hoc negotium, & totus hic contra-
ctus *argum. l. 1. § in propria. vers. propriam. vers. at si in
partem ff. quand. appell. sit*, videtur pro communi u-
tilitate utriusq; coniugis initus; ut inde rem fa-
miliarem augerent, victum quærerent, in digni-
tate viverent, nec inter privatos haberentur. Id-
que haud obscure ex utraq; conventione relu-
cet, ac maxime ex eo colligitur, quod Salarium
promittitur à B. A. item libera habitatio, & ut ius
habeat publice vendendi vinũ seu exercendi Oe-
nopolium. Quinimo negari nõ potest, hunc cõ-
tractum ideo subiisse, maritũ, ut familiam & uxo-
14 rem eo melius aleret ac sustineret. Sed † ita est, ut
si debitum à marito sit contractum pro utriusq;
coniugis vel familiæ sustentatione, uxor quoque
non solum ex propria promissione, sed in subsi-
diũ quoq; obligata sit, ut dixit Joh. de Plat *ad l. u-
xorem. in fin. C. de decurion. li.* 10. *Joh. Petr. Surd. in tra-
cta. de aliment. ti.* 8. *privileg.* 48. *n.* 6. *& d. cons.* 368. *nu.*
27. & 28. ubi in hanc sententiam intelligit & al-
legat Bald. *Novell. de dote part.* 7. *privil.* 1. *num.* 8.
15 Septimo † non minus consuetudine, quàm
statuto introduci posse, ut uxor pro marito, & vi-
ce versa, teneatur, extra controversiam est, *Bal. in
l. dotis tua. C. de jur. dot. Andr. Gail. d. obser.* 90. *num.* 1.
lib. 2. pract. obs. Mynsing obs. 29. *Cent.* 1. *Matth. Coler. de
process. execut. part.* 1. *cap.* 3. *num.* 39. F. autem à plerisq;
que hæc consuetudo prætenditur, qua superstes
coniunx mobilia defuncti bona capit, & vicissim
omne æs alienum solvere tenetur. Quæ con-
suetudo etiam in vicina H. terra multis locis ob-
servatur; ut † tanto probabilior hæc consuetu- 16
do videatur propter vicinitatem. *argum. c. super eo-
dem. extra de censib.* & quæ cõsulendo asseruit Ca-
strens. *cons.* 437. super dictis quæsitis. *num.* 2. *libr.*
2. *& post eum Cravetta cons.* 118. *num.* 3. *itemq; Meno.
cons.* 228. *num.* 55. *&* 56. *Francisc. Bursat cons.* 161. *nu-
mer.* 20. *&* 63. *Boër. decis.* 263. *num.* 9. *& Aym. Cra-
vetta, de antiquit. temp. part.* 4. *num.* 53. 54. 55. *&* 56.
qui probat, consuetudinem uniti, vel coniũcti u-
nius loci extendi ad locum alterum, si propria
consuetudine careat. Cum itaq; huiusmodi de-
functi bona à suis non uxor superstes separave-
rit, secundum loci consuetudinem ea agnovisse,
& consequẽter se ad mariti debita obligasse cre-
ditur. *arg. l. gerit. l. pro herede. ff. de acqu. hered.*

Octavo, hoc ipso, quod † alia mariti debita, E. 17
solvit, etiam hæc mariti debita agnovisse, seque
ream fecisse videtur solvẽdi omnis æri alieni per
maritum conflati. *arg. l.* 1. *&* 2. *C. de fideiuss. & auth.
sed cum testator. versic. Item si heres quadam. C. ad L.
Falcid.* ubi si legata quædam aut fideicommissa
quis solvat, quæ aut minuere, aut retinere pote-
rat, voluntatem testatoris agnovisse censetur, ut
neque solutũ repetere, neq; ex aliis Falcidiã reti-
nere possit: Sic & *in l. non dubium,* 16. *C. de testamen.*
etsi, inquiunt Impp. voluntas defuncti circa le-
gata, seu fideicommissa, seu libertates legibus nõ
sit subnixa; tamen si sua sponte agnoverit, implẽ-
di eam necessitatem habet. Simili modo & ille, q
alterius debita, vel partẽ aliquam eorum solvit,
ad quæ alioquin non adstringebatur solvere; a-
gnovisse videtur, ut nec solutũ condicat, tanquã
indebitum, neq; ẽt reliquorum solutionem de-
trectare posse videatur: argumẽto † ab ultima vo- 18
luntate ad contractum, quod affirmative proce-
dere putatur, iuxta l. pactum inter heredem. *ubi
Bart. ff. de pact. l. si divortio. ff. de verb. oblig. & qua nota.
Euerh. à Middelb. in loco lega.* 36. *à contractib. ad ultim.
volunt. & contra n.* 2. *ubi plura allegat, ut & Wesem.
Inst. de leg. Fus. can. toll. n.* 2. *per l. fin. C. de leg.*

Nono, fiscale hoc debitũ esse videtur, de quo
quæstio est; cum B. C. illud liberum sit & impe-
riale, nemini, nisi soli Imperatori, subiectum, iu-
ra regalia & omnimodam iurisdictionem habẽs.
Quilibet † namq; habens merum è mixtum Im- 19
perium, dicitur in necessariã consequentiam ha-
bere fiscum, uti ex doctrina Bart. *in l. cunctos popu-
los. num.* 50. *&* 51. *C. de summ. Trinit. Guido, Papa, quæ.*
76. *incip. si in terra. Angel. Aretin. de malefic. verb. & e-
jus bona publicanus, num.* 5. *Hyppol. de Marsi. ad l. fin. n.*
186. *ff. de jurisd. omn. jud.* & aliorũ colligit Tib. De-
cianus *respons.* 34. *nume.* 64. 65. *&* 66. *vol.* 2.

Sed † & iura regalia, maxime ea, quæ in re- 20
ditu ac fructu sunt, & vulgo minora regalia vo-
cantur, fiscalia & fisci iura censentur, *Iacobin. de S.
Georg. in tract. de feud. invest. verb. princeps n.* 6. *&* 16.
Zas. part. 5. *de feud. nu.* 14. *Ioh. Schneid. part.* 2. *num.* 97.
Iohan. Borcholt de feud. ad c. unic. quæ sint regal. num. 5.
Rosenth. de feud. capit. 5. *conclus.* 1. *numer. secundo, &
conclus. tertia, numer. primo, Cujac. ad dict. cap. unic.*

quæ sint regal. Anton. Peregrin. libr. 1. tit. 1. numer. 89. & titul. 2. de iis, qui jura fiscalia hab numer. 1.

21 Ex † fisci autem contractu, seu ex eo, quod cũ isto, qui iura fisci habet, circa iura fiscalia convenit, non tantum maritus, eiusq; bona obligãtur, *per l. fin. C. quo quis ord. conv. lib. 11. Tib. Decia. resp. 37. n. 4. & 5. vol. 2.* sed & uxoris eius bona in subsidiũ obnoxia fiunt, ut exhaustis tam viri, quam nominatorum & fideiussorum facultatibus ex bonis uxoris damnum fiscale refici possit *per l. satis notũ. C. in quib. caus. pign. tacit. contrah. Bal. ad l. dotis tuæ, C.*

22 *de jur. dot.* & quod † oporteat publicã utilitatem, cuiusmodi fisci est, præferri privatæ, quam urget uxor, *per l. utilitas, C. de primipil. li. 12.* Erũt ergo hoc etiam casu E. bona, etiam absq; promissione eius in subsidium obligata, ut ex iis, quod reditui illi fiscali deest, refici possit. Quod si ita est absq; eius promissione; quanto magis ex propria obligatione obligata erit? *arg l. quæcunq. 11. ff. de obl. & action.* ac proinde gaudere nõ poterit privilegio aliquo; quia pro marito contra legum interdicta intercessisse non videtur.

Decimo. cum officii subeundi causa se una cũ marito, & pro marito obligaverit, iusta sane ratione, honestâq; ob causam fecisse censetur, imo necessitatis quodam vinculo, quod inter coniuges est, potest videri coacta ita sese obligãdi; quia probabile est, quod vix B A. maritum eius ad hoc admisisset, nisi ipsa se de indemnitate obligasset.

23 At † ubi causa subest necessaria, vel iusta & honesta, mulier cum effectu obligatur, etiam pro marito proprio, *secundum Ioan. Petr. Surd. d. conf. 376. num. 14. per l. quamvis, & ll. seq ff. solut. matrimon.* ubi traditur obligationem mulieris firmam esse, si pro necessario suo incarcerato, vel qua alia ex iusta & honesta causa promittat, iuxta notata à Baldo & Cuman. in dict. leg. quamvis, prout eam allegat Joann. Petr. Surd. *dict. consi. 376. numer. 14.* ubi subiicit, quod sufficiat, quod agatur de honore & decore mariti: quia tunc idem iudicatur, ac si causa esset ipsius propria, eaq; utiils & necessaria. Nam tali, inquit, casu non tam est aliena, quã propria causa, quando agitur de necessitate, uti-

24 litate & honore mariti. Et † ex quo vir & uxor una eademq; sunt caro, tenetur illa huic in necessitatibus subvenire. *Decius ad l. 1. in princ. C. unde vir & ux. Ripa ad l. si constante, num. 14. ff. solut. matrim. Ceph. conf. 51. num. 21. Ioann. Petr. Surd dict. conf. 376. num. 14. in fin.* cum alterum oporteat alterius onera portare, ac cõiuges esse oporteat omnium infortuniorum participes, *per l. si cum dotem, §. maritus, vers. quid enim. ff. solut. matrimon. leg. 1. verb. consortium omnis vitæ. ff. de rit. nupt.*

Undecimo, ut omnis dubitandi causa præripiatur, facit, notissimum illud axioma: renunci-

25 antibus † iura sua non datur regressus, *c. quam periculosum, 7. quæst. 1. l. quæritur, § si venditor, ff. de ædil. edict. leg. 1. §. qui semel. ff. de success. edict. l Herennius, ff. de evict. Iohann. Petr. Surd. conf. 152. numer. 1. conf. 183. num. 20. conf. 395. numer. 4. conf. 431. numer. undecim. Menoch. conf. 197. numer. 87. Iohan. Vincent. Honded. conf. 29. num. 5. Roland. à Valle conf. 95. num. 34. volumin. 1. Paris. conf. 26. num. 44. volum. 3. Cephal. consil. 137. num. 5. & conf. 422. num. 23. conf. 445. numer. 2.* quia non debet displicere, quod semel placuit, *c. quod semel. de reg. jur. 6.* sibique renunciantes im- putabunt, quod sponte renunciaverunt ei, quod noverant pro se introductum esse, *Aym. Cravett. consil. 290. num. 2.* Atqui constat ex tenore obligationis lit. B. consignatæ, quod E. sciens & satis certiorata renunciavit omnibus sibi de iure civili & canonico competentibus remediis atque exceptionibus; ac nominatim renunciavit exceptioni Senatusconsulti Velleiani, ordinis, ac divisionis. Verum quidem est, multos in ea esse sententia, mulierem † extra iudicium S.C. Velleiano renunciare non posse, *secundum gloss. Panor. num. 9. Anton. de Butr. num. 18. & Felin. num. 14. extr. de foro compet. c. ex rescripto. 9. in fin. ext. de jureju. Bartol. in l. doli. num. 2. ff. de novat. & in l. fin. ff. ad S.C. Vellei. Claud. Saysell. ad l. sciendum 30. num. 17. ff. de verb. oblig. Alciat. in l. penultim. C. de pact. Ant. Gomez. 2. var. resolu. 13. num. 17. & ibi Soarez. in addit. lit. l.* eamque sententiam plurimos iudicare veriorem testatur Anton. Thesau. *decis. Pedem. 222. num. 2.* imo ipsam esse veritatem ex Bart. *ad dict. leg. fin.* refert Anton. de Padilla *ad l. fin. num. 7. Cod. de jur. & fact. ign.* eandemque novissime sequitur Valen. Francus *in tractat. de fidejussor. cap. 2. num. 189. & Iohann. Zanger. in tractat. de except. part. 3. cap. 9. de excep. S.C. Vellei. num. 47. 48. & seqq.* 26

Primo, quia † bono publico hoc S.C. sit introductum, propter imbecillitatem totius sexus; id, quod ipsa suasit naturalis ratio, *leg. 1. l. 2. l. 5. l. si mulier. 14. ff. ad SC. Vellei. Ioseph. Mascar. de prob. concl. 1080. n. 1.* Privatorum † a. pactis iuri publico derogari non possit. *l. jus publicum, 38. ff. de pact.* 17 28

Secundo quia † eadem fragilitate consilii inducta mulier renunciaret, qua contrahit, vel intercedit. *l. si mulier, 21. C. ad SC. Vellei l. si judex. 41. ff. de minorib. l. 6. ff. de restit. in integ. mino. Bart. in d. l. doli n. 2. per ill. text. in vers. diversum ff. de novat. Anton. de Padill. ad d. l. fin. nu. 7. vers. secundo loco. Anton. Thesaur. d. decis. Pedem. 222. nu. 2. Ant Gomez. d. cap. 13. n. 13. per l. fin. vers. idem quæsivit. ff. de condict. indeb. l. si. C. de pact. pignor.* 29

Tertio, quia † nemo negaverit, fœminam eo ipso quod Velleiano renunciat. simul decipi, damnumq; rerum suarum incurrere, *per l. interdum 19. vers. hoc enim ipso. ff. de minor. d. l. si doli, vers. diversum. ff. de novat. Gomez. d. cap. 13. num. 17. vers. tertio facit.* 30

Quarto: quia hoc ipso quod lex quosdam specialiter excipit, in quibus renunciare potest cum effectu, veluti casus est, *in l si mulier, 22. C. ad SC. Vellei.* & alius *in authe. matri & aviæ. C. quando mul. tut. off fung. poss.* argumento ducto † ab exceptione ad regulam, probetur, regulariter fœminã huic beneficio renunciare non posse. *l. nam quod liquido, §. fin. ff. de pecul. legat. l. quæsitum, §. deniq. in fin. ibi Bart. ff. de fund. instru. leg. Bald. ad l. 1. §. sed excipiuntur. ff. de fer. & dilat. per l. Tribunus, §. fin. ff. de mil. testa. Iason ad l. 1. C. de verb. signif. per l. Lucius, §. plurib. ff. ad Senatusconsultum Trebell. Dec. nu. 21. ad l. 1. de regu. jur.* 31

Quinto, quia † nec filiusfam. poterit S.C. Macedoniano renunciare *gl. in l. si. §. 1. ff. ad S.C. Vellei. & in d. l. tametsi, ff ad S.C. Maced. Zas. in singul. intell. lib. 2 cap. 28. Bart. ad l. jus publicum, ff. de pact. & in d. l. tametsi.* 32

Sexto, quia ut Zangerus *d. cap. 9. numer. 48. & 49.* ostendit neq; *per d. l. fin. §. pen. ff. ad S.C. Velleian.*

neque

neq; per l.fin. C. quando mul.tut off.fung poss. nec de-
niq; per generalem illam regulam, quod quisq;
iuri pro se introducto renunciare possit, l. pen. C.
de pact. probetur, quod mulier huic beneficio re-
33 nunciare possit. Septimo ac ultimo, quia † com-
munis opinio sit, secundum Joh. de Imola in c. ex
rescripto. nu. 8. extr. de jurej. & Claud. de Seysell. in d. l.
sciendum, n. 17. ff. de verb. oblig. item Grammat. dec. 76.
n. 20. & plures alios quos refert Anto. Thesaur.
d. dec. 222 n. 2. vers. tamen opinio. cōtra gl. qui ibidem
testatur, Senatum Pedemontanum semper, ubi
iuramentum non adest, sequi opinionem hanc
Bartoli, Baldi, & aliorum, quod etiā testatur Ant.
Sola in comm. ad const. Pedemont & Sabaudiæ, in titul.
Dalle alienationi de bein de minori gl. 4. n. 9.
34 At † vero quando certioratio evidens accessit,
renunciationem valere, & per eam mulieri pri-
vilegium hoc adimi magis recepta opinio est, &
in foro usitata; attestantibus hoc ipsum quā plu-
rimis; inprimis vero Azon. in summa C. ad S.C. Vel
n. 3. gl. in d. l. fi. §. pen. verb. non usurā. ff. eod gl. in Nov.
quomod. oport. Episc. §. sed etiā, verb. interroget, colla. 1.
Fulg. ad l. fin. n 4. C. ad S.C. Vell. quem Crotus n. 41.
ad d. l. sciendū de verb. obl. sequitur, itē Andr. Tiraq.
ad l si unquam, in pr. n. 96. C. de revocand. donat. Me-
noch. cons 237. n. 30 Laur. Tennin. Rodulph. in tractat.
cautel. caut. 230. n. 1. Anton Thesaur. d. decis. 222. nu.
2. vers sed retenta opinione. Anto. de Padill. in d. l. fin. n. 1.
eamq; sententiam in Camera Imperiali servari
testatur Andr. Gail. obs. 77. li. 2. pr obser. & in hanc
sententiam quoq; Bartol. in l. 30. n. 10. ff. de fidejuss.
transit, eamq; stylo fori servari fatetur in d. l. fi. §.
pen. ff ad S.C. Vellejā. & ad d. l. doli ff. de nova. idq; ra-
35 tionem habet Nemo † n. invitus cogitur benefi-
cio iuris pro se introducto uti, neq; volenti fit in-
iuria: nec tamen volens videri potest ius suum o-
mittere, aut eo uti nolle, nisi de eo certus sit, sibi
illud ius competere, per l. mater decedere ff. de inoff.
testam. l. cum Aquiliam, ff. de transa. l. in repudianda, ff.
de acquir. her. cum simil. hac consideratione ac de-
claratione adhibita, omnia illa in partem diver-
sam allegata, & à variis varie disputata elidi per se
manifestum est; eaq; satis nervose refutavit An-
ton. de Padil. ad d. l. fin. n. 9. C. de jur. & fact. ign. cum
36 hoc † S.C. propter publicum quidem bonum in-
troductum sit; at non absolute & principaliter
reipubl. causa, vel ut ius publicum sit, de quo in d. l.
jus publicum: principaliter enim respicit favorem
privatum, ne mulieres decipiantur & circumve-
niantur, earumq; læsio ac deceptio in reipublic.
perniciem consequenter redundet, l. 1. l. 2. & t. t.
37 ff. & C. ad S.C. Vellej. Sed † tali iuri publico, quod
executione, vel utilitate, privatum est, præsertim
principaliter, non impedimur renūciare per l. pa-
cisci. 31. ff. de pact. ibi Iason, & in d. l. jus publicum. Nec
38 eadem † consilii fragilitas prætendi potest, si cer-
tior facta sit de suo iure, & renunciationis incō-
modo; alioqui ne quidem proprium negotium
unquam recte gereret: quod à vero alienum est.
Quo etiam tertium evertitur. Neq; ii qui quar-
to loco prætenduntur casus speciales revera &
proprie cōcernunt renunciationem; ut Anton. de
Padilla, Gomez. d. loc. Joh. Zange. & reliqui, diversam
sententiam defendētes ipsimet fatentur, quando
conantur ad d. l. si mulier. 22. d. l. fi. & d. auth. mater &
avia. respondere, & ostendere, nullā ibi de Velle-
iani renunciatione quæstionem esse. Igitur nec
inde assumi potest, argumentum ab exceptione
ad regulam. Neq; quinto, par † ratio est S.C. Ma- 39
cedoniani & Velleiani; cum illud non in favorē
filiifa. sed in odium creditoris sit introductum:
Velleianum tantum in favorem mulieris, Ant. de
Padil. d. loc. facit l. qui exceptionem. ibi Ias. ff. de cond. in-
deb. At ubi dispar ratio, ibi quoq; dispar ius esse
oportet, per l. aut facta. ff. de pœn & l. ut responsum. C.
de transact. Dec. ad l. precib. n. 4. C. de impub. & aliis sub-
stit. Menoc. cons. 50. n. 2. Myns. resp. 99. n. 3. 4. 5. Ioseph.
Ludov. in Rota Lucens. decis. 44. nu. 61. & 62. Sexto
non † erit regulæ illi generali in l. pen. C. de pact. l. 3. 40
versic. quæ dinumeratio, ff. de verb. signif. l. potest. ff. ad l.
Falcid. c. 1. extr. de judic. fundatæ standum, ubi aper-
te exceptio non docetur? contra quam receptū
est. per c. ad decimas, vers. sitq; manifestum, nisi aliud o-
stendatur. de restit. spol. in 6. c. venerabilis, §. potest quo-
que, extr. de sent. excom. ut & respondit Zas. cons. 22.
volum. 1. & cons 8. nu. 34. vol. 2. Wesemb. cons. 7. num.
7. Eberhar à Middelb. in loc. legal. ab except. ad regul. n.
12. Sebast. Vantius de nullit process. tit. de nullit. ex de-
fect. process. & solenn num. 118. vers. & promissa Dec. ad
l. 1. n. 6. de reg. jur. Bal. ad c. 1. n. 2. extr. de alie. jud. mut.
caus. fact. qui omnes hoc fatētur, standum esse re-
gulæ, donec exceptio doceatur; & qui pro se re-
gulam habet, fundatam intentionem habe-
re, &c.
Septimum † & ultimum ab authoritate sumptū 41
contraria autoritate removetur, cum longe plu-
res sint, qui hanc alterā sententiam, præsertim si
de iure suo certior reddita sit mulier, ut veriorē
& usu frequentiorem amplectuntur.
Hinc duodecimo hoc etiam recte inferri pos-
se videtur, quod ne quidem beneficium authen. si
qua mulier. C ad S.C. Vellejan. & hoc casu prodesse
possit. Primo propter generalitatem renuncia-
tionis quæ ex his verbis apparet: ohn einigē auß-
zug oder behülff/kräfftiglich verbundē seyn/ dafür
vns/noch vnser eines nicht schützē/noch schirmē
soll einig beneficiū vñ wolthat geistlich oder welt-
licher rechtē ꝛc. cū † is qui omne dicit, nihil exclu- 42
dat, l. Iulia. ff. de leg. 3. l. à procuratore, C. manda. l. si plu-
rib. ff. de legat. 2. c. solitæ, extr. de maj. & obed. c. si Roma,
19. distin. l. omnia, ff. de reb. cred. si cert. petat. Et † eius- 43
modi clausula universalis trahatur ad casum im-
proprium, secund. gl. in l. 2. verb. alias, C. de quadrien.
præscr. Ias. in l. 1. §. nunciatio. col. 5. de oper. nov. nunciat.
Bar. ad l. 2. ff. de nov. arg. l tres fratres, ff. de pact. l. sub præ-
tex. C. de transact. l. qui jure militari, ibi Ang. ff. de jure
milit. Et † certum est, verba, nullum, quæcunque, 44
quævis, nullo excepto, nullo excluso, ohn einig ꝛc.
verba esse universalia, æque ut vox alles vnd jeg-
lichs, omne &c. & in infinitum extēdi ad omnia,
patet per l. cū quid, ff. de reb. cred si cert. pet. ut respondet
Paris. cons. 26. n. 26. cons. 69. n. 65. li. 3 Meno. cons. 6. n.
15. cons. 195. n. 75. Anton. Gab. li. 6. ti. de verbo. signific.
conclu. 4. Iason in l. quodcunq; 45. l. si mihi, 110. §. si sti-
pulatus, num. 2. ff. de verb. oblig & in l. 2 ff. qui satisdiō.
cog. Tib. Decian. respon. 3. numer. 132. & seqq. volum. 1.
per l. si is, qui ducenta, §. utrum, ff. de reb. dub. & l. Bali-
sta. ff. ad S.C. Trebell. c. solitæ in fin. extr. de major. & ob-
ed. gloss. in clemen. 1. verb. quavis. de senten. & re ju-
dic. & in clem. ne Romani. verb. quovis modo. de elect.
Barto. in l. generali, §. uxori, ff. de usufruct. c. unic. de feu.
non haben. propr. feud. nat. leg. final. verb. per quam-
cunq;

cunq. personam.C.qui legit.pers.stand.in jud. Ant.Nat. cons.310.num.2.

45 Deinde † quia omnis renunciatio à causa finali iudicatur, ut censeatur renuncians inclusisse omnem casum, qui sub illa causa finali comprehendi potest, *Matth.Matthesi.in tract.extensio col.2, Ioh.Andr post gl.in verbo Italia de temp.ord.li.6. Ias. in auth.quas actiones,nu.17.C de SS Ecc.* cum secundũ causam finalem, quam solam in contractibus attendere oportret. *l.1.C.de condict.ob caus.Rol. à Vall. cons.58.n.86.vol.2.* dispositio quælibet reguletur. *Aym.Cravet.cons.137.nu.14.Ioh.Petr.Surd.consi.164.num.32.* & ex ratione finali tantum possit argumentum extensionis vel restrictionis elici, *secundum Matth.Matthesi.d.tract.de extensione:* quia hæc sola significat principalem intentionem aliquid agentium, *ut ex Dec.consi.350.num.4. asserit Rolan. à Vall.in d.cons.58.num.86.volum.2.* Causa autem finalis huius renunciationis ex initio huius contractus, adeoque ex præfatione & toto instrumẽto hæc esse apparet, ut recte cautum sit B. atque ipsa una cum marito præ cæteris eandem conditionem offerentibus ad huius officii administrationem admitteretur, ad quam absq; hac per renunciationem sufficienter comprobata obliga-

46 tione nõ fuissent hi coniuges admissi. Ea † n. quæ ex proœmio alicuius cõtractus apparet causa, in dubio pro finali habetur: cum solum proœmium & qualitatem & quantitatem rei ac causæ complectatur, *l.ut liberi.ibi Bald C.de colla. Panorm ad c. adversus,extr.de immun.Eccl.per l fin.ibi Ang.Barto.Imol.ff.de hered.inst.Mynsing.resp.10.nu.45 Lanfran.de Oriano ad c.quoniam,in princ.extr.de prob Phil. Francus ad c.quoniam,de immun.Eccl.li.6 Andr.Tiraqu.de caus.cessan.limit.1.num.64 & 65.ubi etiam num. 51. & 52.Bald.in 1.notab.ad l.cum veterani per ill.text. C. de dona.ante nupt.& Matth.de Affl ad c.1.Ex quib cau. feud.amitt.per l.plenum, §.equitij.ff. de usu & habit. Ange.& Salycet.ad l.si mulier,per ill.text C.de jur. dot. & gloss.in l.3.§.si quis quasi, ff. de condict. ob caus.* &

47 multis aliis, docet, ex † conditione ac commodo vel incommodo personarum, utrum præsumatur quis facturus, aut non facturus, distinguendam esse causam finalem ab impulsiva: & præsertim si commodum reipubl. sit coniunctũ cum commodo accipiẽtis (ut hic ex parte B. subesse videtur, cum castrum illud speciem reipubl. habeat) tum hoc ipsum censetur causa finalis rei gesta esse: ut ibidem nu.59. multorum autoritate probat. Quod si iam hoc nostro casu eo hæc renunciatio extendi non deberet, ut etiam beneficio d.auth.si qua mulier.intelligat' cũ effectu renunciatum esse, parum, imo nihil prodesset ista renuntiatio; nec causam finalem suã assequeret',

48 quod iura non permittũt: cum † nemo præsumatur actum inanem condere voluisse, sed potius, ut omni meliori modo valeat. *l.quotiens,ff de verb. oblig.Crot.in l.1.§.qui præsens,n.18.ff.eod.per l.4. ff. de mil.testa.Rol.à Valle cons.61.n.23.vol.3.*

Qua de causa, ne fine suo hic contractus & renunciatio careat, neq; finalis causa à suo proprio effectu separetur, eumq; amittat, eo hæc renunciatio erit extendenda.

Ac deniq; nisi eo foret extendenda, verba illa: Einig beneficium vñ wolthat geistlich: oder weltlicher rechten ꝛc. prolata essent sine effectu operã-di, nihilq; disponerent. At oportet † nullum verbum, imo nullam syllabam in contractu otiose positam esse, neq; absq; singulari mysterio ac virtute operandi, ut non reperiantur inania, & superflua, *Bal.& rub.C.de contrab.empt.& vendit.q.9. Tib.Decia,resp.30.nu.23.vol.1.Ioh.Pet.Surd.cons. 325. nu.6.Roland.à Valle cons.67.num.24.volum.1. consil. 61.num.47.volum.2.cons.61.num.4.volum.3. Paris. cons.66.num.9.volum.2 Menoch.cons.372.numer.8. Aym.Cravet.cons.84.num.12.* nec superflua: *Mantic. de conject. ultim.vol.lib.3.tit.6.num.1. & seq.* ne quidem minima verba. *gloss.sing.in l.1.ff. quod met.cau. Pari.d.cons.66.num.9.volum.2.Rol.à Valle cons. 62. num 34.volum.3.& d.cons.61.nu.18.* Imo † impro- 49

prianda potius sunt verba, quam ut superfluitas, quæ omnino vitanda est. *glos.in d. l. 1. ff. quod met. caus.l.3.in pr.ff.de jurejur.l. .in fin.ff.ad municip § quibus in constit.Cod.præfixa.* inducatur, *Aym.Cravet.in resp.pro genero num.312.Iohan.Petr Surd.d.cons 325. num.6.* 50

Decimo tertio vel ex solo † calculo, qui illud, 51
quod in reliquatione manet, ostendit, iuxta recessum de eo reliquo factum, quẽ sub lit. D. præmisimus, fundari, & probari videtur Dn.B. intentio. Aut enim I.T. à castri debitoribus & colonis ac subditis hoc reliquum exegit, aut non exegit, si exegit, ideo tenebitur, E & suo & mariti nomine, quia in rem, quam possidet, versum esse probabiliter apparet, *per ea, quæ tradit Menoch.6.de præsump.27.n.2.3.6 8.* aut maligne consumptum est: ac ideo obligata, *Mascar.de proba.part.1.concl.531.n. 16.* imo culpa non minus sua, quam mariti fecit, ut conventioni non sit satisfactum, quando illud, quod officii causa à colonis exactum ærario castri solvendum erat, sua die non solvit. Cessat enim beneficium *d.authent si qua mulier.C.ad S C. Velleia.* si pecunia in rem mulieris versa ostendatur. Quæ exceptio, sive restrictio diserte additur *in d.auth si qua mulier.vers. nisi manifesto, & ibidem Castr.num.1.* nisi contractus, inquit, vertatur in eius utilitatẽ: Et Bal. *in prin.* nisi quatenus, inquit, probet in rem ei' versum. Versum autẽ esse hoc ipso probari videtur, quod ærario nihil solutum est, & E. omnia atq; universa mariti bona possidet, ut nulla pars bonorum ostendi possit, in quã versum non sit. Et cũ hæc bona omnia possideat, 52
pro suo potius præsumitur possidere, quam pro alieno, *l.filium § divi.vers. vidẽ principes.ff de leg.1.glo. in l.verb.ut dominum,C de acqu.possess.& in l. quadam mulier ff.de rei vind.& in l 1.C.de impon. lucrat. descri. li.10.Natta cons 514.Rol.à Valle cons. 46. nu. 44. & seq.vol.3.& latissime Ioseph.Mascard. de probat. volu. 3.concl.1197.num.1 2.3.4 & 5.* ut ideo intuitu horũ bonorum, veluti de in rem verso teneatur.

Neq; † etiam minima negligentia est, imo cul 53
pa magna, qua mora ingens contrahitur, sua die non solvere. *l.magnam.C.de contr & commit stipul. l.qui Romæ.§.Flavius.l.si fundum.114.ff.de verb.oblig. l.mora.ff.de usur.Aym.Cravet.consil.817.num.9.* Tã-
tũ † enim fraudis creditori suo facit debitor, quã 54
tum temporis eum re sua carere cogit, cuius interest sua die pecuniam habere. *d.l.mora ff de usu.*
quia † non minus die, quam quantitate solidum 55
non solvitur, *l.solidum ff.de solu.* Imo † dies solutio- 56
nis der außlieferung / tacite interpellat pro homine. *d.l.si fundum.114.d.l.magnã.* Culpa † itemq; & 57
mora

mora pari passu ambulant,& una ex altera oritur, *per ea quæ respondit Tib. Decia. resp. 60 num. 36 vol. 2.* Ideoque probato hoc, quod sua die hi coniuges non solverunt,& culpa eorum, qua tale damnũ causatum sit, probata videbitur, imo dolus ex tali mora præsumitur, nedum culpa, Crav. *cons. 969. n. 15. vers. si mora sola* Sed & ipsa uxor de administratione tenetur, quando non minus, quam maritus administrare debuit: ut ex tenore obligationis videtur colligi posse, prout ea sub li. C. est
58 trãsmissa. Qui † a, administrator eius aliqd, quod administrat & exigit, in suos usus convertit consumendo, vel debita sua solvendo, aut simili aliquo modo, ipse tenetur de suo solvere *Panor. ad c. cum esses. in repet. extr. de testib. Tib. Decia. resp. 37. n. 1. vol. 2. per notata in c. pervenit. extr. de fidejuss.*

59 Quod si vero officiatius ille non exegit à colonis ac subditis Castri, atq; ideo suo die solvere non potuit, ne sic quidem vel defunctus maritus, vel uxor eius culpa carebunt, quin ob negligentiam suam, quæ hoc ipso probata erit teneatur: quia hoc non fecere, quod facere eos ex lege contractus oportuit iuxta regulam iuris, *in l. qui non facit, 121. ff. de reg. jur. l. 4. ff. quæ in frau credit. l. Iulian. §. Marcell. vers. dolus, ff. ad exhib. l. quod in heredem §. 2. ff. de tribut. act. l. si procuratorem, §. dolo, l. dolus, ff. manda.* cum officii sui potestate colonos cæterosque Castri debitores subditos ad solutionem debitam debito tempore non coëgerit, vel hoc ipso in culpa, imo in dolo deprehenduntur hi coniuges, quia cõpetente remedio usi nõ sunt, *Aym. Cravet. consi. 21. num. 10. per l. idemq. §. si ignorantes, ff. mandat. l. fin. §. illud, verb. summa. Codic. de tempor. appell.* & quis, inquit, idem Cravetta *consi. 857. nu. 17. vers. quis igitur suspectum,* merito eum non habet suspectum, à quo omissum illud est, quod fieri ab eo omnino debuit? cum & dolus argui inde soleat, quod officio suo quis non fungitur, *Bald. in vers. dictũ quod quandoq. ad l. si post, C. de jur. & fact. ign. Socin. consi. 97. num. 2. volum. 1.* Ideoque
60 etsi † quidem præsumptio nulla sumi potest ex non factis, seu factis negativis. *Ancharan. cons. 302. Flamin. Paris. de confiden. benef. quæst. 71. num. 50. Menoch. libr. 1. præsumpt. quæst 23. nu. 1.* hoc tamen secus se habet, quando is, qui debet aliquid facere, id non facit: tunc enim ex illo facto colligitur aliquid, *ut docet Menoch dict. quæst. 23. num. 8. & consil. 121. num. 83. 84. & 85.* Atque hic illud fieri debuit, nempe omnes reditus & proventus Castri debebat I. T. exigere quod cum omiserit, adversus ipsum parata est præsumptio mali.

61 Deinde † officiales negligentes exigere debitores teneri de proprio suo reficere ac resarcire, si debitores illi aufugerint, vel decoxerint, *ex Amadæo in tract. de Syndic. rubric. an & quando officialis ten. de neglig. num. 72. & Socino Senens. consi. 2. num. 12. & 13. li. primo, respondit in specie Menoch. cons. 246. numer. 66.* Quia id, quod usitatissimum est, non præstiterunt, *Aym. Cravett. consi. 714. numer. 14.* neque providerunt, quod providere potuerunt, *Cravett. consi. 353. numer. 28 per l. 3. C de inoffi. testamen. consi. 702. numer. 30. per c. fin. extr. de Elect. gloss. in c. quia diversitatem, verb. suspensionis. extr. de concess. prebend. Dec. in c. super eo. numer. 14 extr. de appell. c. brevi. extr. de jurejur. cap. faciat homo, 72. quæstio. secunda.*

Potuisset † præterea I. T. mature ab hoc officio discedere, ne dum dictante hoc ipsum tenore instrumenti, quod super isto contractu factum est, sed iure id quoq; approbante ac cõsentiente. *l. si merces, 25. §. si vicino, ff. loca. cond.* At non discessit: Est igitur culpa, quę ei imputari potest, *Mynsin. cons. 36. n. 24.* Neq; ab hac culpa uxor eius videtur aliena, quando eum ad maiorem diligẽtiam, vel, ut mature destitisset ab officio, adhortata non est: quia † factum, quod dicitur cessasse propter me, in mea culpa accidisse censetur, per ea, quæ Cornеus *cons. 143. n. 3. vol. 4.* præsertim, si factum uxoris sit: cum † uxor & maritus dicãtur tenere individuam vitam, ac socii esse divinę ac humanæ domus, *l. adversus. C. de crim. expil. here.* adeo, ut propterea, quando in ius vocandus est marit⁹, sufficiat, si citetur ad ædes, in quib. uxor eius habitat, *Meno. li. 2. præsumpt. 27. n. 1.* Quod † ergo damnum sua culpa sentit, non alii, sed sibi imputabit, *c. damn. de reg. jur. in 6 l. quod quis ex culpa, ff. eod. l. si fidejussor. ff. mandat. l. si merces. § culpæ, ff. locat. l. inter omnes. §. penultim. ff. de furt. l. 3. §. si quis volentem. ff. de libr. hom. exhibend Hyppol. de Marsi. singu. 350. numer. 1. Iohann. Petr. Surd. consi. 64. numer. 1.* Quinimo culpæ † reus est, qui impedimentum non amovet, cum possit. *l. quibus diebus. in princip ff. de condit. & dem. Dd. ad l. qui potest facere, ff. de reg. jur. c fin. extr. de elect.* & † negligens tunc quispiam habetur, si quod potest, ilico non perficit. *Felin. numer. 4. in c. cum olim, extr. de testib. Cravett consi. 573. num. 7.* aut saltem perficere tentat ut exẽplo eius. qui principi non supplicavit, *idem Cravett d. consi. 573 nu. 5. probat.* At hæc uxor, cum potuisset, non perfecit, imo ne tentavit quidem, ut maritus recte officio suo fungeretur, aut mature desisteret. In culpa igitur deprehenditur, obligataq; de omni damno & quod interest iuxta conventionis legem intelligitur. 62 63 64 65 66 67

Decimo quarto, † cõtra administratorem prę- 68 sumi *ex Bart. ad l. 1. §. officio, ff. de tut. & ratio. distr. & l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tut. tradit Hieron. Schurff. consi. 65. numer. 7. vers. & in quolibet administratore. centur. 1.* Nam & contra officialem & præfectum præsumptio est, cõparasse, & acquisivisse ex bonis principis, vel reipu. aut Castri, quod administrabat, *gloss. ad l defensionis, 7. C. de jur fisc. li. 10. Bal. ad l. 2. n. 12. C. de here. vel act. vend. Ioh. Coras. lib. 3. miscel. cap. 5. nu. 6. per tex. in d. l. defensionis, 7. l. Quintus Mutius, ff. de donat. inter vir. & uxor.* sicuti etiam prælatus Ecclesiæ administrator, durante officio ex bonis Ecclesiæ acquisivisse præsumitur, si non reddita ratione omnia soluta esse doceat, ac gestis fidem faciat, *Iacob. Menoch. libr. 3 præs. 53. num. 1. 7. vers. hoc in casu præsumitur. & num. 10.* Sic & hic contra hos administratores præsumptio est, quod bene non sint versati in rerum administratione, quia ex reddita ratione nõ apparet, *Schurff. d. cons. 65 n. 5. 6. & 7.*

Decimo quinto, † etsi quidem nemo alterius 69 culpa prægravari debeat, *l. factum cuiq. l. non debet alteri, de reg. jur. l. sancimus, C de pœn. c. si compromissarius: de elect. in 6.* & ut Aym. Cravetta *consi. 696 numer. secundo,* ait, quod culpa unius ad alterius pernicieni non trahetur, *l. 3. versic. non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre, ff. de transact. leg. ex duobus, in fin. ff. de negot. gest. leg. prima, ff. de a-*

ff de alien judic.mut.cauf.fact.l.fin.C.de censib.& censit.lib.11.etiamsi correi,l.mora.32.§.fi.ff.de usur. vel socii sint,l.cum proponas.Cod.de naut.fœnor.l.si merces,§.culpæ,ubi Bartol.ff. locat. Francisc. Bursat. consil. 320,nume.74.verſ.nec conveniens fit:tamen id secus est,si se ad id specialiter obligassent.per l.eandem rem.9.§.non idem probandum,l.pen.ff.duob.reis,& quasi in hoc mutua fide iussissent,l.servum.91.§.fi. ff. de verbor.oblig.l.mora,32.§.fin.ubi Dd.ff.de usur.l. quaro,54.ff.locat.l.si postea,10.ff.rem.pup.salv.fer. l.amissi.52.§ fidejussores.l.si quis pro eo.56.§.si nummos alienos.ff.de fidejuss.l.si ab uno,ff.ut legat. vel fideicommiss.caus.cav. quibus locis probatur fidejussorem, qui in omnem causam acceptus est,etiam de eo,quod ex culpa principalis debetur,obligari,licet alias de eo non teneretur, secundum Hippol.de Marsi.de fidejuss.num.91.& seqq. Iohan. Coras. libr. 2 miscell. ca.12.Costal. ad leg. centum Capua.ibi Bartol.& Castrens.ff.de eo quod cert. loc.

70 Ex † pactis enim & conventionibus in continenti factis contractus, etiam stricti iuris, legem accipiunt.l.lecta,ibi Iason,post.Bartol.Bald. Castrens. ff. de reb. cred.si cert.petat.l.petens.Codic.de pact.l.in conventionalibus ibi notat. ff. de verbor.obligat.

At hi coniuges mutua vice pro se fideiubentes se correos constituerunt,ac singuli sese de omnibus ac singulis factis,damnis & neglectis in
71 solidum obligaverunt,ut † ostendunt illa verba: samptlich vnnd jedes insonderheit/quæ verba actum cuique in solidum a tribuunt, ac de singulis capitibus singulos in solidum obligant, ut patet tam ex l.2.l.4.l.6.l.eandem 9.ff.de duob.reis, quam etiam ex l.non distinguemus.§.cum plures.ff.de recept.arbitr.Bald.ad cap.1.§.filia vero.num.4.de success.feud. Paris.consi.13.num.9.volum.1.Corneo consil.112.numer.1.versic.item quilibet eorum censetur promisisse omnia & singula observare,& non contravenire volum.4.Tib.Decian.respon.73.numer.16.volum.2. Francis.Burs.cons.245.num.3.

72 Postremo, † aliena bona administrans bonam fidem agnoscere debet, Bover.in suis singular. verb.confessio.numer.17.& rationem de omnibus reddet.Francisc.Bursat.cons.249.numer.36.Hyppol. de Marsi.singu.493.num.1.Hieron.Schurff.consil.65. numer.4.cent.1.Tiber.Decian.resp.79.num.11.volum. 2.& resp.84.num.16.volum.4.Aliter enim liberari non potest,q̃ si à capite ipso facto rationē reddiderit,Tiber.Decian.resp.43.num.4.volum.4.d.resp. 79.num.11.d.resp.84.numer.16.

73 Rationis † autem redditio præter quatuor illa capita,quæ recenset Alex.Raudens.in tractat. de analog.univoc.& aequiv.libr.1.cap.6.num.2.Primo ut exhibeantur & legantur rationes,Secundo,ut computentur ac disputentur:Tertio,ut doceantur omnia gesta constare bona fide; Quarto,ut Codices rationum restituat administrator; hoc etiam amplius, & quinto loco requiritur (tametsi in quarto Raudensis capite possit videri occultatum,ut ex allegatis eius colligitur) ut quod reliquum est solvatur.l.adversus,l.rationes.C.de admin.tut.l.2.verb.bis negot.retinet.ff.de neg gest.l.quamvis.32.l.Iulius,81.ff de cond.& demonstr.Tiber. Decian.
74 resp.84.num.16,volum,2.Ideo † enim ratio reddēda est,ut quod post dispunctionem& disputationem rationum reliquum est,solvatur.l.16.§.fin.l. si servo.31.verb.ut pecuniam reliquorum reddat.l.stilo bo.40.ff.de statu liber.l.qui nominibus,44.ff.de adm.tut. l.Lucius Titius ff.de testa.manum.l.boves,89.§.fin.ff.de
verb.sign.ubi Pomponius:†inter edere,inquit,& 75
reddere rationes,multum interest;Nec is,qui edere jussus est,reliquum reddere debet. Ex quo colligitur hoc plus esse in reddendis rationibus, quam in iis edendis,nempe ut redditæ non intelligantur,nisi &, quod reliquum manet, solvatur,per d.l.6.d.l.Stich.40.cum similib.

Etsi vero E. maritus prioribus capitibus 29. Septembris Anni 1594. Satisfecisse videri pos-
sit,tamen † per recessum illum eadem die fa- 76
ctum ac consignatum evidenter probatum, id, quod rationibus dispunctis ac disputatis,reliquū mansit,solutum non esse: Ab obligatione non igitur nec se, nec uxorem liberasse videtur; ac proinde etiam B. intentionem probatam esse.

Verum enimvero,etsi hæc tanti ponderis videri possint,ut tutum non esse quis merito credat,ab hac affirmativa conclusione recedere; si tamen omnia ac singula seposito omni affectu paulo altius scrutemur, & diligentissime quæque perpendamus, meo iudicio, negativa sententia,& verior,& æquior erit censenda; nempe Dn.B. intentionem fundatam non esse.

Si † enim ea intentio B.A.adversus hanc vi- 77
duam E.fundata erit,aut suo ipsius dolo, vel culpa,aut certe mariti eam,ut quę pro marito intercessisset,obligatam esse oportet. Totus enim contractus,quo se obligavit, illa,& quam communi manu unà cum marito fecit, solam concernit utriusque coniugis industriam, fidem & diligentiam, ut nisi doceatur per negligentiam, fraudem vel culpam ab utroque vel alterutro aliquid male gestum, aut omissum esse;ex eo intētio agentis fundari non possit.

Sunt † enim instrumenta stricti iuris, neq; 78
ultra ea,quæ expressa in iis sunt,extendenda. l.ad probationem,ubi Bald & alij,C.de probat.& in l.lecta, ff.de reb.cred.si cert.petat.in 2.oppos.Wesembe.cons.2. num.29.pręsertim fideiussionem& renunciationem continentia,l.jubemus,C. ad SC. Velleja. Wesembec.consi.10.nu. 10. ac proinde nec supplenda. Wesemb.cons.15.nu.7.&41.Siquidem quod in instrumento omissum est,pro omisso habetur,l.unic.§.si autē ad deficientis.C.de caduc.tollen.Tiber. Decian.resp.22.n.4.vol.1.Meno.cons.14.n.5.Gozad.cons. 29.nu.13.& cons.83.n.9.nec nostrum est dicere, vel cantare, quod instrumentum non dicit,neq; cātat,per l.ult.C.de fals.caus.adi.l.si de certa.C.de trāsact.ubi Iaso.venerabilem.extr.de elect.Wesembec.cons. 52.num.42.& 44.per l.jubemus,C.ad S.C.Vellej.Bal. ad l.interest.C.de solut.Roland.à Valle.cons.39.numer.
5.volu.1.& † quando ex ipsis contrahentium ver- 79
bis,ut hoc casu,clare constat, quousque progredi, & in quantum se obligare voluerint,frustra recurrimus ad cavillationes advocatorum,secundum Cravett.consi.273.numer.7.versic.circa,& num. 8. Wesembec.consi.28.numer.2.Hieronym.Schurff. consi.37.numer.5.cent.1. qui ait, determinata pacto,lege,sive conventione non egent alia determinatione, sed solum indeterminata,l.certo genere.§.si totus,§.seq.ff.de servitut.rustic.prædior.ubi Bartol.dicit,hunc textum ad hoc esse notabilem, & Tib.

& Tib Decian. Resp. 72. num. 3. volum. 2. quia verba, inquit, obligationis & instrumenti clara sunt, ideo nulla dubitatio est, per l. ancilla, C. de fur. l. quod Labeo, ff. de Carbon. edict. l. continuus, §. cum ita ff. de verb. oblig.

Neque profecto obscurum est argumentum
80 à † sensu contrario sumptum, in iure nostro non solum frequens sed etiam fortissimum esse, sive agatur de legibus, Canonibus, & statutis interpretandis, secundum Euerhard. à Middelb. in loc. legal. 82. à contrario sensu, num. 1. 2, 3. 4. & seqq. & 22. sive de contractibus, quæstio sit, tam bonæ fidei, quā stricti iuris. ut ibidem num. 25 per l. inter socerum, §. cum inter. ff. de pact. dota. late probat, maximè si verba sint affirmative prolata dict. num. 25. vers. secundo limitatur: ut quæ natura, ac vi sua propria negativam sui contrariam omnino exeludunt. Sed ita est, quod solum & tantum se verbis affirmative conceptis obligant ad diligentiam, fidem & industriam suam propriam, ut quod non ex fide bona, neque diligenter & fideliter gesserint, ad quod gerendum ex obligatione principali lit. A. designata, maritus tenebatur, sed in eo negligentes fuerint, de eo damno, quod ex hac sua negligentia, vel culpa emerserit, & quod Castr. intererit, neglectum non esse, velint singuli in solidum, tam coniunctim, quam divisim obligati esse.

81 Quicquid ergo damni utriusque, vel alterutrius culpa & fraude causatum non docetur, neque doceri potest, de eo neque suo nomine, neque ex persona mariti, propter intercessionem tenetur, ac proinde actio contra eam competere non potest, argum. §. omnium, Instit. de actionibus, l. 1. l. quacunq;, cum similib. ff. de obligat. & act.

82 At vero quod ex † utriusque, vel alterutrius coniugis dolo vel culpa, hoc, quod post rationes dispunctas & disputatas reliquum est, descendat, vel quod ipsi soli in causa sint huius reliqui, suaque negligentia & socordia vel fraude illud conflaverint, difficillimæ probationis est, imo hoc nostro casu probari non potest: ut mox apparebit, iuxta illud, Non entis nullæ sunt qualitates.

83 Actore † autem fundamentū intentionis suæ non probante, iuxta notissimam iuris regulam, reus est absolvendus, etiamsi ipse nihil præstiterit, l. qui accusare, ibi Dd. C. de edend. l. 2. l. actore, 23. C.
84 de probat. l. fin. C. de rei vindic. & † quando de eo certi sumus, nihil eius factum esse, ex quo stipulatio committi potuisset, utiq; agenti obstat exceptio intentionis, qua concluditur actionem ei non competere, quia ipsius non intersit, aut licet intersit, reum tamen ea actio non teneat. Menoch. consi. 89. num. 73. 74. & 75. Iohann. Zanger. in tracta. de except. part. 3, cap. 18. de except. actori ius agendi non compet. num. 1. & 2. gloss. in l. 2. ff. de except. Bald. ad l. seu intentio, C. de transact. & sic litem nullam secum esse posse, ac ideo litis finitæ sit, Menoch. d. consi. 89. nume. 74. & 75. gloss. in dict. l. 2. Bal. in dict. leg. nec intentionis.

Et ut de E. suo nomine tanquam principali convenienda primum agamus: ea multis modis ostenditur non obligata, quia ab omni fraude & culpa vacua est.

Primo namque omnes fatentur, & verum est,
85 dolum † vel culpam etiam levissimam, quia speciem alicuius mali habet, in dubio non præsumi, sed probari oportere per l. exceptione, ibi Bartolus ff. de fidejuss. gloss. ad leg. si quis ex argentariis, §. fin. ff. de edend. Ioseph. Mascard. de probat. part. 1. conclus. 467. Aym. Cravett. consi. 494. numer. 2. per l. si creditor, Cod. de pignor. actio. consi. 532. numer. 9. consi. 595. numer. tertio, consi. 812. numer. tertio, vers. aque culpam. Tib. Decian. Resp. 29. numer. 14 & 34. volum. 3. & quidem ab eo, qui se in dolo vel fraude fundat, idque de dolo expresse cautum esse dicit Corneus consi. 318. numer. secundo. volumin. quarto, per leg. quotiens, §. qui dolo, ff. de probat. & in l. dolum, C. de dol. mal. quod etiam de dolo testatur Ioseph. Mascard. d. part. 1. conclus. 531. itemque de culpa. Bartol. in dict. l. si quis ex argentariis, §. fin. ff. de edend. per l. interpositas, ibi Bald. & Aretin. C. de transact. l. quod Nerva, ff. depos. Francisc. Bursat. consi. 312. numer. 22. Mascard. d. conclus. 467. Cæsar de Grassis decis. rotæ Romanæ 140, numer. 2. Matth. de Afflict. decis. 19. numer. 18. Cravett consi. 961. num. 11. Est enim facti, dict. leg. quod Nerva, ff. depos. §. præterea, Instit. quib.
mod. re contr. oblig. Facta † autem non præsumuntur, 86
sed probanda sunt, l. in bello, § facta, ff. de capt. & postlim. revers. Fulvius Pacian. de probat. part. 1. cap. 13. numer. octavo, Cravetta dict. consi. 961. numer. undecimo, per l. deniq; ff. ex quib. caus. major in integr. restit. Iason ad leg. si ita stipulatus essem abs te. 14. numer. decimo quarto, versic. ego fortius arguo, ff. de ver.
obligat. Neque † hic in tali versamur casu, quo 87
consuevit illud, de quo quæritur dolo vel culpa fieri, ut ita præsumi dolus, aut culpa possit, & innocentiæ pobatio in partem diversam transferatur, uti vulgo limitare prædicta solent, Mascard. dict. conclus. 465. numer. quinto, & dict. conclus. 531. num. 13. & seqq. nec etiam in eo hic hæremus, ubi dolus, aut culpa necessario propter conscientiæ periculum, aut commodum facientis, Ioseph. Mascard. de probat. conclus. 495. numer. 6. & 10. sit præsumenda. Atque ideo in dubio potius culpa, quam dolus præsumi debeat, sicut ex Bartol. ad l. hac enim, ff. de susp. tut. idem Mascard. dict. conclus. 467. num. 17. prædictam suam conclusionem tertio loco limitat & declarat. Nam reliqua hoc est, extantia ex ratione & administratione, sive alterutro, hoe est, sive dolo vel culpa & esse possunt, & frequentius sunt, uti per se palam est.

Nec ideo dicat aliquis, imo † dolum præsu- 88
mi, si quis illud non fecisset, quod facere obligatus erat, secundum Cravet. d. consi. 193. nu. 1. per l. si procuratorem, §. dolo, & l. dolus, ff. mand. l. 1. §. est autem apud. ff. depos. l. dolo. ff. ad leg. Falcid. & multa allegata à Mascard. dict. conclus. 531. numer. 24. nec etiam, quod si quis fidem & promissa non implevit, dolus præsumi debeat, dict. l. dolus, dict. l. si procuratorem. §. dolo, Mascard. dict. conclus. 531. num. 38. Quod ita est, si factum tale doceatur, ex quo propositum & consilium illud animi, quod cum potuisset, noluit implere, vel facere, colligere commode possit, ut ex dict. l. procuratorem, § dolo, dict. l. dolus, dict. l. 1. §. est autem, l. quod Nerva, ff. depos. Præsum-
ptio † enim nulla colligitur ex his, quæ facta non 89
sunt, seu non apparent, Flaminius Paris. de confidentiis beneficior. quæst. 71. num. 50. Ancharan. consi. 302. Aym. Cravett. consi. 202. num. 9 per l. quod Servius ff. de cond. caus. dat. & in l. lege, ff. de contr. empt. & vendit. & consi. 319. numer. 3. versicul. decimo nono, præsump. per l.

quædam mulier. ff. de rei vindicat. & l. 2. C. de acquiren.
poss. ff. Meno h. de præsumpt. libr. 1. quæst. 23. numer. 2.
Ubi ex Mario Solomonio ad l. Gallus §. quidam, ff.
de lib. & posthum. refert, præsumptionem tunc re-
gnare, quod gestum, qualiter autem gestum in
obscuro est, cum non aliter, quàm rebus, seu fa-
ctis sic se habentibus iudicandum sit, ut tradit
Cravett. d. consi. 319 num 13 vers. decimo nono. At hic
factum nullum apparet, neque apparere potest,
ex quo dolus, vel culpa E. uxoris colligi, vel animi
consilium tale percipi possit. Si enim principa-
lem lit. A. designatum contractum, quem D. B. e-
iusque collegæ cum I. T S. eoque solo & princi-
pali fecerunt, attendamus, plus quam manife-
stum est, ea omnia, de quibus convenit, in fa-
ctum custodian que uxoris non cadere, sed so-
lius mariti administrationem concernere. Ipse
enim, non ipsa, reditus annuos, & si quæ alia exi-
gere debuit. Quod si ergo hi reditus à colonis
& aliis subditis exacti non sunt, nulla culpa uxo-
90 ris est, sed tota, si qua esset, mariti foret. † In
culpa namque non est, multo minus in dolo, qui
non fecit, quod facere non tenebatur, l. tutoris,
20. ibi C. str numer 1 & 2. versic. secus in gestore, qui si
gessit uno anno. versic. gestor autem potest quædam ge-
rere & alia omittere: unde si plures habeam vineas, &
in. cœpisti facere &c. C de negot. gest. Cæsar de Grassis de-
cis Rotæ Rom 140. numer 3 Iohann. Petr. Surd. consil.
150. num. 97. consil. 345. num. 31. & consil. 365. numer.
20. in fin Aym. Cravet. consi 362. num. 3. & consi 573.
num. 1. per l. si fideiussor creditori ff de fideiuss. & Aretin.
consi. 1·1 column. fin. versic. cum igitur nondum. Ruin.
91 consi. 139 lib. 4. Quinimo† præsumptio non su-
mitur ex non factis, vel non dictis. Menoch. lib. 1. de
præsumpt. d. quæst. 23. nu. 1. quandoquidem, ut mo-
do dictum est, ex his, quæ non apparent, nulla
præsumptio colligatur, neque actus negativi per
se quid operentur, per ea quæ d. quæst. 23 nume. 3. 4.
5. id in Meno h scribit & respondit in cons. 121. nume.
83 84 85. & seqq. præsertim ubi in casu delicti vel
92 quasi, cum ultimo si † non solum dolus l. 1. & seqq.
ff. de dol mal. l. 4 l. 5. ibi Duar. ff. de in litem jur l. 3. ff.
stellion l. quod Nerva, ibi Zas. ff depos l. si. C. de dol. mal.
sed & culpa, etiam levissima est. Francis. Vivius, de
cis. 279. num. 2. libr. 2 per l merito. ff pro soci. facit d.
l. quod Nerva, § 1. Instit. de oblig. quæ ex del §. iniuria,
verb. si modo culpa. §. seq § præterea, Instit. ad l. Aquil. l.
5 §. 1. & seq ff. commod l. fin ff de eo per quem fact. ver-
93 santur: quia † nunquam præsumitur quis delin-
quere velle, Francisc. Vivius decis 303 num. 13. libr 2.
nisi quando ei delictum ex actu, quem facit, esset
favorabile, ut inquit Aym. Cravet. cons. 319. num. 13.
& colligitur ex l. merito. ff. pro soci. iuxta Barto. in l.
non solum § sed ut probari. ff. de oper. nov. nunciat. Frã
cisc. Bursat. consil. 90. num. 45 & 46. per l. 1. ff. de off.
præf. prætor. aut in conscientiæ foro pro animæ sa-
lute circa pœnitentiam & satisfactionem iniun
gendam versaremur Ioseph. Mascard d. con. lu. 495.
num. 6. post Decium ad c. in præsentia. num. 15. extr. de
proba. per gloss. in c. veniens. extr. de sponsal. Hyppol. de
Marsil. singu 1 1. num 2. qui in hanc sententiam allegat
Anchor. cons. 179. incip prima facie, quia in foro ani-
mæ timenda est culpa, ubi culpa non est, c. consi-
lium. extr de observ. jejun. c. illud extr de cleric. excom.
Feli. in c. auditis, n. 12. extr. de præs r.
94 Præterea exactio illa tributorum, † redituum
ac pensionum, de qua hic quæstio est, non mulie-
bre, sed virile, & quidem publicum, vel certe ci-
vile est officium, Francisc Bursat. consi. 325. num. 47.
& 48 à quo fœminæ omnino remotæ sunt, l 2 ff.
de reg jur. ubi post gl. Bart Dec. reliqui omnes Panormi.
ad c. dilecti extr. de arbit fac. l. 3 §. corporalia. ff. de mun.
& hon. l fin. Cod de recept. arbitr. l. pen. ff. de edend. Of-
ficium † enim quæstoris, totaque eius admini- 95
stratio magistratus est l. 1. de offi quæst, neque quæ-
stura sine iurisdictione & imperio administratur.
Imo animi provisione, & corporalis laboris in-
tentione hæc administratio publice perficitur,
ut vel inde constet, munus civile, & quidem ex e-
ius loci & castri conditione publicum esse, l. 1. §.
3. ff. de mun. & bon. Bursat. d consi. 325. nu. 47. & 48.
à quo † mulier erit remota. dict. leg fin. Cod de re- 96
cept. arbitr. l 3 § corporalia. ff. de mun. & honor. l. fin.
C. qui petant tut.

Etsi quidem † fœminæ publici muneris di- 97
gnitatem habere possint l. imperialis §. similes. C de
nupt. & l. unic. Cod de mulier. in quo loc. ad mun. sex.
congruen. vel hon. agnosc. li. 10. Adeoq; radiis suo-
rum maritorum splendere dicantur: l. fœminæ. 8.
ubi Dd. ff. de Senator. Hoc tamē intelligendum est,
de munere & dignitate, quæ sunt sine magistra-
tu sineque administratione: nam dignitatem, vel
munus civile administrare non possunt, per dict.
l. imperialis. § similes & l. mulieres. C. de dignit. libr. 12.
secundum Lucam de Penna. in dict. l. unic. qui ita illam
legem interpretatur ex dict. leg mulieres & dict. leg. im-
perialis § similes quem etiam Christoph. Sturtzius in d. l.
secunda, numer. decimonono, ff. de regu. jur. sequu-
tur.

Quod si ergo non gessit, neque administravit
exigendo & compellendo subditos Castri ad so-
lutionem horum publicorum redituum, tribu-
torū & similium, nihil culpæ fraudisve huic fœ-
minæ imputari potest: quia gerere & administra-
re non potuit, iure eam administrationem pro-
hibente. Culpam † enim non admittit, qui rem 98
sibi prohibitam vel impossibilem non aggredi-
tur l. cum quidam, §. si pupillo. ff de usur glos. ad c. 1 §.
solet. verb potuerit de restitut. spol. lib. 6. per text. in c.
quia diversitatem vers & tunc si valuerit. extr. de con-
c. ff præbend. ubi gloss. Aym. Cravet consi. 53. num 10.
& 362. num. 2 & consi. 319. num. 15. vers tertio culpa:
ubi ait: Culpa imputari non potest si quis id non
fecerit, quod facere non potuit. Cui adstipulatur
etiā illa iuris civilis regula, quod culpa caret qui
scit, sed prohibere non potest. l. culpa caret. 50 ff. de
reg jur. cum concord. ibidem à gl & Decio allegatis: vel,
ut altera regula habet: Nullum crimen patitur
is, qui non prohibet, cum prohibere non potest
l. nullum crimen 109 ff. eod.

Neque † solum illud non possumus, quod 99
facto nobis est impossibile sed & quod iure quia
sit contra bonos mores l. 3. §. idem cum Pell dicis, ff.
de usur. vel quod commode facere non possumus.
l. nepos Proculo. ff. de verb. signif. Hieronym. Cagnol. ad
d. l. culpa caret, num 20. & ibid. Christoph Sturtius, nu.
6 & 7 cum iure facere impediamur. l. non dubiū,
C. de legi. l. si stipulor. 30. l. stipulatio hoc modo 61. ff de
verb. obligat. l. 7. §. ait prætor, §. seq. § & generaliter, l si
unus, §. pacta. l. seq. l. jus agnationis, l jus publicum, ff.
de pact. leg. nec ex prætorio, ff. de regul jur. §. pri-
mo, Institut. de jure person. ubi Wesembecius Baldus,
ad l. 2.

ad l.2. in 2. lect. ff. de his qui sunt sui vel al. jur. Iason, ad l. more. num.1. ff. de jurisdict. omn. judic. Francisc. Ripa ad l. facto. §. si quis rogatus, ff. ad S.C. Trebell. post gloss. in l. in re mandata, C. mand. & in l. filius, 15. ff. de condit. instit.

100 Sed † nec potuisset quicquam hoc uxoris factũ si conata fuisset omnibus modis reditus & reliqua datia exigere, cum ei castri subditi non obtemperassent, & quidem impune, cũ ipsa in eos iurisdictionem nullam habuerit, *argum. l. fin. ff. de jurisdict. omn. jud. gloss. ad c. si duobus, extr. de appellat. Marian. Socin. de citat. art. 4. num. 4. per Clem. Pastoralis, §. Pisana, de sent. & re judic. l. non videtur, ff. de judic. Costal. ad dict. l. fin. de jurisdict. Matth. Coler. ad c. olim. n. 21. ext. de except.*

101 At † quando factum omissum omnino nihil profuisset, culpam nullam arguit, *Castrens. ad l. si ab hostibus, 10. §. 1 ff. solu. matrim. per l. & in totum. ff. de impens. in res dotal. fact. Iohan. Petr. Surd. consi 39. num. 19. cons. 86. num. 17. cons. 371. num. 6. Cravett. cons. 366. num. 19. ubi per l. fin §. pen. ff. quis ord. in bon. poss. serv. ex Bald. in consi. 145.* casus talis est in quodam instrumento, *vers. item non tenetur facere lib. 3.* Ut in universum, inquit, verum sit, nemini adscribi, cur omissum, aut neglectum quid habuerit, quod usui cui futurum erat: Et Cæsar de Grassis *d. decis. Rota Rom.* 140 *num. 4.* In culpa, inquit, quis non dicitur, si non fecit illud, quod factum nihil profuisset, *l. 2. §. si mater, versic. ego etiam, ff. ad S C. Tertull. l. fin. §. 1. vers. sed quid noceat. ff quis ordo in bon possess. serv. ubi ex Cravett. consi. 531. num. 5.* subiicit,
102 quod id † etiam procedit, etiamsi dubium fuisset, an fuisset profuturum: verba Cravettæ *d. numer. 5.* illa sunt: Cum dubitaret reus rem ipsam nec ne persequeretur, dubiusque abstinuerit culpa omnino caret. Culpæ enim (nota hanc rationem) reus non creditur, qui rem dubiam non aggreditur. *Bald. in consi. 145.* casus talis est, in quodam instrumento, *colum. 4. libr. 3.* & quod Seneca consuluit, quod dubites, ne feceris. Hæc ille. Cui etiam Johan. Petr. Surd. *dict. consi. 86. num.*
103 18. subscribit. Quinimo † etsi qua culpa hic argui posset, quod vel ipsa non exegit, neq; maritum ad exigendum frequenter adhortata est, vel quod satis mature maritus eius ipsa haud urgente non transmisit extantium debitorum designationem, prout convenerat, anno 1594. 18. Septẽ. tametsi sæpius eo nomine à Burgravio interpellatus sit, & sic propter hanc moram plures coloni & subditi non sint facti solvendo, vel mortui sint: tamen cum hæc eius culpa in omittendo cõsistens non sit ordinata ad hunc casum, quo vel designatio non est transmissa, neque debita sunt exacta, vel coloni aliique subditi facti sunt non solvendo, utique huic fœminæ neque nocere debet, neque etiam punibilis in eo censenda est: Ut enim culpa noceat, & de casu obliget, seu cõsiderabilis sit, oportet eam esse ad casum subsecutum ordinatam, *Francisc. Bursat. consi. 134 numer. 24. & consi. 196. num. 23. post Bart. ad l secundam, §. si non propter, ff. si quis caut jud. sist. Francisc. Vivius decis. 524. num. 17. Aym. Cravett. consi. 651. numer. 6. per leg. non omne, ff. de statulib. l. si is qui. ff. de oblig. & actio. l. qui injuria, ff. de furt. l. electio, §. si is quem, ff. de noxal act. l. si vehenda, §. primo, ff. ad leg. Rhod. de jact. dict. capit. quia diversitatem, extr. de concess. prabend. ubi Panormit.* At quando ordinata non est ad casum, tunc culpa non facit culposum teneri de casu, *Phil. Corneus consi. 108. numer. septimo, volumin. primo, Aym. Cravett. dict. consil. 651. num. 6. per d. l. 2. §. si non propter ff. si quis caut. jud. sist. caus. fact.*

Ideoque factum † quod dicitur propter me 104
cessasse, me culpæ non obligat, seu me de culpa reum non facit, ut damnum præstem, nisi deducatur ac probetur in specie, si hoc, vel illud à me factum esset, aut non esset, illud, quod deficit, omnino fuisset factum, ut exemplo eleganter & late declarat Phil. Corneus *consi. 143. numer. tertio, versic. ad hoc enim ut censeatur aliquid, volumin. primo, per text singularem secundum Barto. in leg. qui contractus, ff. de re milit.* Ubi casus est, ut enarrat Corneus, quod si mihi incumbebat aliquid facere, & mihi occurrit aliquod impedimentum, & volo me excusare (verbis utor Cornei) quod non feci: quia impeditus: debeo probare, quod alias verisimiliter fecissem, si cessasset illud impedimentum.

Sed in hoc casu nostro non apparet, nec apparere potest, cessasse exactionem, extantium designationem, & reliqua, propter omissam ab uxore diligentem adhortationem, seu quod maritum ad id non ursit: ut in simili facti specie, quam Corneus *dict. consi. 143. numer. tertio*, tractat, non apparebat, quod dicta Constantia propter renunciationem Ludovici & Francisci mota fuerit ad contrahendum matrimonium cum Petro ibi nominato, ac si cum eo non, sed cum aliquo filiorum Ludovici contraxisset, si Ludovicus & Franciscus non renunciassent. Qua de causa non magis hic, quam in illa facti specie, de qua Corneus, culpa illa præterita vel omissa exhortatione, concludi potest, considerabilis ad id, ut E. de ea tanquam culposa sit obligata.

Non parum hoc etiam corroboratur ex eo, quod Ioseph Mascard. *dict. volumin. primo, de probat. conclus. 467 numer. vigesimo quarto*, tradit, quod culpa alicuius, ut alter non possit habitare cum altero, non recte probetur ex eo, quod † testes 105
deponant in ipsa domo fieri altercationes & cõtentiones: nisi etiam simul probetur huiusmodi altercationes esse potissimam causam, ut una idẽ domicilium incolere non possint, idque eius culpa contingere, cuius asseritur: cum qualitatem ad actum requisitam oporteat specifice probare, *pro quo multa allegat ex Alexand. consi. 100. numer. tertio, volumin. primo. & Cravet. dict consi. 151. num. 6. & per text. in l. 2. §. docere, ff. de vi bonor. rapt. leg. prima. §. ait prætor. ff. ne quid in flum. public. ubi Bartol.*

Culpa † quoque nulla ibi est, ubi nulla est 106
mora, *l. lecta, versic. dicebam ff. de reb. cred. si cert. petat. Tib. Decian. resp. 66. num. 36. volum. 2. facit l. cum filiusfam. §. fin. ff. de verbor. obligat. l sciendum, 21. ff. de usur. l. quod te, ff. de reb. credit. si cert. petat.* Mora autem † ibi nulla est, ubi nulla petitio, vel in- 107
terpellatio adest. *l. nulla intelligitur, ff. de regul. jur. l. si pupillus, 127. versic. nulla enim intelligitur mora, ff. de verb. obligat. Bartol. in l. si pactus, 54. per illum tex. ff. de pact. Tib. Decia. dict. resp. 66. num. trigesimo sexto, volumin. secundo.* Ergo nec hæc fœmina in culpa videri potest: cum neque interpellata sit un-

quam à B. neque etiam ex conventione sua obligata apareat, ut rationem reddat, designationem extantium transmittere debeat. Neutrum enim promisit: sed ne quid detrimenti castrum sua culpa capiat, ut ex instrumento obligationis manifestum est.

108 Neque † dicat aliquis, diem obligationis conventioni insertam hic pro homine interpellare, *l. magnam, Cod. de contrahen. & committ. stipulat.* Diem enim insertam esse principali obligationi, ut singulis tremestribus debeat ratio reddi, ac universalis singulis annis: eamque diem principali obligationi insertam censeri omnino in secunda
109 repetitam, cum † relatum cum omnibus suis qualitatibus in referente esse intelligatur, *per authentic. si quis in aliquo, ibi Bartolus, Baldus, Cod. de edend. cum similibus supra allegatis.* Non enim dies illa inserta est pro uxore contrahentis, neque inseri potuit illius intuitu, cum officii illius gerendi in capax fuerit. Ideoque etsi quid abesset Castro, ob hanc diei tacitam interpellationem marito factam, ipsa tamen hoc nomine tanquam
110 ex proprio facto obligata non esset: cum † verissimum sit, damnum quod quisque sua culpa facit non quod aliena culpa accidit, hoc ipsum metiri sentire debere *per ea, quæ trad. Hippol. de Marsil. singu. 350. numer. primo, & per l. g. cum proponas, 3. Codic. de naut. fænor. l. qui offi. ij. §. ultim. ff. de contrahend. empt.* ut ideoque nec damnum culpa unius socii occurrens per alterum socium resarciendum sit, *secundum Francisc. Bursat. consi. 320. num. 74. in fin.*

Quę cum ita sint, facile apparet, E. nullius fraudis vel culpę reá esse, ut ex ea adversus ipsá B. intentio propter hunc contractum fundari possit.

Sed nec maritus eius I. T. S. fraudis, vel culpæ, reus est, quod primo inde colligitur, quia nullibi aliqua fraus, dolus, vel culpa in specie allegatur:
111 & † quamvis allegaretur, nec hoc tamen sufficeret, nisi & doceretur, ut supra probatum est, *ex Tib. Decian. Resp. 29 numer. decimo quarto, & trigesimo quarto, volumin. primo, Aym. Cravett. consi. octavo, numer vigesimo, consi. 151. numer. undecimo, consi. 691 numer. undecimo, per leg. si creditor, C. de pignorat. actio. Iohann. Petr. Surd. consil. 39. numer nono, & consil. 60. numer. vigesimo octavo, Francisc. Vivio decis. 279. numer. 1. libr. secundo, Cæsar de Graf. in Rota Rom. decis. 140. numer secundo, Menoch consi. 256. numer. septimo Corn. consi. 318. num. 2. volum. quarto, Francisc. Bursat. consi. 325. numer. 46. & 312. numer. 18. Ioseph. Mascard. de probat. volum. primo, conclus. 467. & conclus. 531. per l. exceptione, ubi gloss. & Bartol numer. 7. ff. de fidejuss. Bald. in cap. de feud. sine culpa non amitt. in princ.* qui ait: culpam non presumi, nisi quis convincatur, sive sit culpa in omittendo, sive in faciendo.

112 Neque † etiam satis est, culpam vel fraudem quandam in genere doceri, sed necesse est, ut in specie ista, de qua quæstio est, specifice, seu limitate, clare & concludenter doceatur, *Hieronym. Marilian. decis. 84. num. 2 per l. pretor, ff. de injur. Bened. Capra regu. 78. num. quinquagesimo secundo, & seqq. Cæsar. de Graf. d. decis. Rota Rom. 140. numer. secundo, Ioseph. Mascard. d. conclus. 467. numer. secundo, 24. & 25. Corneus dict. consi. 318. numer. 2. vol. 4. Ioha. Petr. Surd. consi. 12. num. 19. & consi. 39. num. 12. Tib. Decian. resp. 7. num. 23. volum 4. Aym. Cravett. d. consil. 961. numer. 11. vers. sed & certam limitatamq; culpam exprimendam & probandam, allegans Bartol. consi. 93. commune Lucignani, in 3. dubio, lib. 1. Alexand. consi. 100. num. 4. vol. 1. & cons. 136. n. 3. li. 7. Dec. cons. 562. n. 11.* & † quidem talis, quod illa fuerit causa 113
finalis facti, de quo queritur, sive agendo, sive excipiendo obiiciatur, ut egregie probat Tib. Decia. *d. respons. 7. num. 23. vol. 4. per notatá in l. pretor ait, in pr. per illum tex. ff. de inju. & in c. ut circa, de elect. 6. & in arguendo dicit concludere Bart. d. consi. 193. commune Lucignani, in 3. dubio libr. 1.* Quod itemque latius deducit, *Alex. ad l. si ut certo § nunc videndum. in fin. ff. commod. & Castrens. in l. fin § si ea conditione, ff. ad l. Rhod. de jact.* qui ait, illum textum limitare omnes ll. dicentes quē teneri de casu, quando culpa prę cedit casum. Nam secundum eum sunt intelligēdæ, quando casus evenit propter culpam, qui alias minime evenisset: alias secus: & sic etiam Castrens. requirit, quod culpa sit causa finalis facti, de quo quæritur. Idem quoq; *ex Alexan. post Guilhelm Cun. & Bart. ques allegat consi. 74. num. 6. versic. quarto confirmatur, volum* 6. probat Joh. Pet. Surd. *d. cons. 12 num.* 20, nempe quod alligans, aliquem teneri de casu propter culpam commissam, articulare & probare debet, quod ille contigit solū propter culpam, nec potuisset aliter contingere, nisi hæc ipsa culpa intervenisset. *Corn. d. consi. 108. num. 4. & seqq. volum 1. Paris. consi. 53. num. 68. volu. 4. Iohan. Petr. Surd. d. consi. 12. nu. 20 & 21. & ut Feli. ad c. cum inter priorem, num. 2. vers. limita tertio, verb. quod culpa non est. extr. de except. ex Abbat. in c. quia diversitatem. extr. de concess. prebend. refert.* illa tantum imputantur culposo, quæ immediate veniunt à culpa, *c. unic. cum gloss. extr. de custod. Eucharist.* non autem ea, quæ veniunt mediate, ne quis dupliciter puniatur. Et quod dixit Bartol. *in l. 2 § fin. ff. si quis caut. judic. sist.* quod culpa potest esse proficua, quando non fuit ordinata ad finem commo-
di. Ad † casum autem culpa ordinata non est, nisi 114
quando sine ea culpa non evenisset, *ut declarant Bart. in d. l. si ut certo § interdum, ff. commod. Castrens. ad l. fin. § si ea conditione. ff. ad l. Rhod. de jact. Felin. ad d. c. cum inter priorem, nu. 20. vers. limita tertio. Corn. d. consi. 108. n. 4. 5. 7. & seq. vol. 1 Ioh. Petr. Surd. d. consil. 12. num. 64.*

Nisi igitur hoc nostro casu doceatur culpa S. mariti factum esse, ut reditus, indicta, dacia, & eius generis alia à subditis & colonis non sint mature exacta, & propter omissam hanc exactionē culposam in hoc damnum reliqui incidisse castrum, quia hac occasione coloni sint facti non solvendo, aut debita morte debentium esse abolita, ne quidem pro marito uxor ex tenore intercessionis tenebitur: quia de ipso exigendi facto se pro marito non obligavit, ut ex tenore obligationis lit. B. consignatæ apparet.

Quod † si quis dicat, culpam, imo dolum esse, 115
non facere id, quod quis est facere obligatus, *l. dolus, ff. mand. l. si procuratorem, §. dolo, ff. eod. Corne. consil. centesimo decimo sexto, in fin. volumin. secundo,* quod & de eo dicitur, qui non servat promissa, *leg. secunda, §. item quæritur, ff. de dol. mal. except.* & quod tali casu quis tenetur de casu, etiam si dolus, vel culpa illa nō sit ad illum casum ordinata, sed

ta, sed

ta, sed propter illam casus non acciderit, *per l 1 §. si rem depositam. ff. depos. ibi Castr. nu. 3.* respondetur hoc ita, si non servat, & implet promissa, quatenus potest & debet: *ut Alex cons. 50. n. 3 vol. 6 Cravet. cons. 6. num. 96. & cons. 75. num. 6. cons. 100. n. 9. & Ioh. Petr. Surd. cons. 12. num. 70 per d. l. 1. § ite qua ritur, exponunt.* At quatenus quis non potest, vel non debet, culpa nō imputatur nō facienti. *Cravet. cons. 319. num. 15 cons. 361. nu. 3. Cæsar de Graff. d. decis. 140. nu. 3. per l. tutoru, ibi Castrens. nu. 1. & 2. C. de negot. gest. Ioh. Petr. Surd. d. cons. 150. nu. 97. d. consi. 345. n. 3 1. Corn. d. cons. 108. num. 4 5. 6. 7. & 8. volu. 1.* cum multis aliis supra allegatis.

Cum itaq; hoc nostro casu, quatenus potuerit & debuerit exegerit, quatenus non potuerit, nō exegerit, utiq; non exactum reliquum S. imputari non debet. Exegisse autem hunc S. quatenus

116 potuit & debuit, primo ex eo colligitur, † quod quilibet præsumitur bonus. *c. dudum, c. fin. extr. de præsumpt. c. unic. vers. cum illam, quem indignum esse non novit, dignum debeat æstimare. Extr. de scrutin. in ordin. fac l. quoties, §. qui dolo. ff. de probation. l. merito, ff. pro Socin. Francisc. Vivius d. decis. 279. numer. 3. Ioseph. Mascard. de probat. volum. 1. conclus. 222.* & diligens in eo, quod sibi commissum est, *c. nisi. extr. de præbend. c. ad audientiam, extr. de præsumpt. c. deputati. extr. de appellat. Aym. Cravett. consi. 77. num. 11. ubi citat Cyn. ad l. si quis decurio, C. de fals. & Abb. consi. 41. colum. 3. libr. 1. & post hos idem voluit Cæsar de Graff. decis. Rotæ Rom. 122. numer. 1. Iohan. Petr. Surd. consi. 245. num. 16. Francisc. Bursat. consi. 197. num. 14. Ioseph. Mascard. de probat. concl. 518. num. 3.* & fecisse id, quod quilibet paterfam. diligens fecisset, *Ioh. Petr. Sur. cons. 71. nu. 20.*

117 Secundo, † quod à lege quilibet officialis debitam diligentiam in officio suo administrando adhibuisse, idque diligenter & fideliter exercuisse, præsumitur, ***iuxta text. in l. 1. vers. quod non arbitramur. C. de off. civil. jud. l. 1. in princ. C. de suscept. præpos. & arcar. libr. 10. Tib. Decian resp. 2. num. 213. volu. 1. post Bald. in l. errorem, C. de testam. Francisc. Bursat. consi. 331. num. 9. Iul. clar. recept. senten. lib. 5. §. fin. q. 7. vers. habes igitur. Ioseph. Mascard de probat. volumin. 3. concl. 1132. numer. 1. 2. & 46. Aym. Cravett consil. 425. num. 58. & consil. 931. num. 7.*** præsertim si iuratus administrator sit, ***idem Cravet. consil 930. nu. 10. & seq. vers. iuramenti ratione negligentiam.***

118 Tertio † probatur ipsis rationibus: quibus hæc in parte, etiam pro officiali, sicuti & pro tutore, credendum est. ***per ea, quæ notat, Mascard. de probat. volum. 1. concl. 1137. & dict. l. unic. C. de sumpt. præpos. & arcar. lib 10. Bald. in l. judices, C. de fide instrum. & in l. 1. C. de conven. fisc. deb. lib. 10. Barto. ad l fin. §. in cōputatione, circa fin. C. de jur. deliber. & in l. ex sententia, ff. de testam. tutel. Corneus cons. 81. numer. 9. volumin. 4.*** Ubi tradit hoc etiam, quo ad magnas quanti-

119 tates & impensas ita se habere. Quarto, † urget idem principalis conventio inter B. A. & S. habita, quæ litera A. designata est. Nam cum ibi hæc reperiantur verba: darzu / waß versessen / strittig / oder ongangbar / zusampt allen retardaten vnnd außstendiger schulden / soviel an jm / wieder gangbar vnd richtig machen. Quæ verba hoc ostendunt, vehementerque probant, non omnia fuisse certa & indubitata debita, quæ exigere & cogere debuit. Ut ideo magna præsūptio sit, quod si non omnia, potior tamen pars istorum, quę facta rationum calculatione reliqua reperta, nec exacta esse constat, iam ante susceptum ab ipso officium quæstoris, incerta, dubia, & quæ exigi non potuerint, fuerunt, ducto argumento à præterito tempore ad præsens, de quo Eberh. *in loc. à tempore ad tempus n. 4. & Iacob. Meno. de præsumpt. lib. 1 quæst. 24. nu. 8. 9. & seq.* ut sic à culpa omni sit excusatus, *arg. eorum quæ Cravett. in d. cons. 319. nu. 15. respondit*, præsertim si probabitur, quod conatus sit sæpius ea exigere, sed obtinere nihil potuerit, secundum ea, quæ respondet Francisc. Burs. *consi.*

325. n. 46. Quinto † hoc ipso illud probatum erit, 120 quod probatur in aliis sui officii negotiis diligēs fuisse, *gl. & Bald. in l. si præsidi. C. de donat. ante nupt. Matth de Afflict. decis. Neapol. 13. num. 18. vers. sexta cōjectura est. Cravett. consi. 627. num. 7. Tib. Decian. resp. 47. num. 12. 13. & 14. volum. 4.*

Sexto † hoc etiam eo ipso probatum intelligitur, quod plures anni, & prope (ut in facti specie 121 proponitur:) omnes fuerunt steriles & calamitosi, militumq; concursu vario, subditi extremam prope ad inopiam redacti, ut pensiones, canones, indicta, dacia, & eius generis alia onera sufferre & solvere non potuerint. Hæc enim sterilitas & improvisa calamitas summa ratione efficit, ut non fuerit, quæstor obligatus pensiones, canones & reliqua onera à subditis exigere, imo exigens audiri non debuit, ac proinde in culpa non est, neque de non exactis tenetur, ut in specie decisum fuit in Curia Regia Neapolitana inter illustrem Marchionissam Polignani, & Notarium Vincentium Campanilem, cui regium officium Regiæ Curiæ Ferra Molæ locaverat, attestante & egregie illud deducente Francisc. Vivio ***decis. Neapol. 264 per tot. libr. 2.*** Quam decisionem bene munitam in terminis habere plus est in foro & praxi, quàm per mille generalia iuris discurrere, ***secundum Wesembec. consi. 19. numer. 63. & consi. 24. num. 13. Iason ad l. non est minus, in fin. Cod. de procurat.*** propter maiorem securitatem, ***Abb. Brun. de statut. artic. 6.*** Faciunt itemque pro hac decisione, quæ de sterilitate pensionem relaxante ac remittente congessit Ioseph. Mascard, ***conclus. 1333. Hyppol. de Marsil. singu. 615. per l. habitatores, l. sed si lege. §. domus. ff. locat.***

Sed † & inanis ac nulla est actio, quam ino- 122 pia debitoris excludit. ***l. nam is. 6. ff. de dol. mal. c. olim vobis, extr. de restitut. spol.*** & qui non habet, quod reddat, eius periculo nihil est, inquit Ulpian ***in leg. itaque fullo, 12. ff. de furt.*** Quod sane periculum inanis actionis, non potest ad hunc quæstorem, veluti procuratorem & administratorē, pertinere, sed ad dominum suum actio ista redit ***secundum Vlpian. in dict. leg. itaque fullo. 12.*** Cur enim † imputabitur ei, quod facere non po- 123 tuit? Qui fecit, q̄ debuit, & exitū negotii consequi felicem non valuit? Culpæ reus is non est, ne quidem levissimæ, ***Tib. Decian. Respon. 29. numer. 16. & 18. volumin. primo, Cravett. dict. consi 319. nume. 15.*** Sufficit enim, si utiliter, quantum potuit, gessit, etsi effectum negotium non habuit, ***l. sed an ultro, 10 ff. de neg. gest.*** Septimo † quod diligens in exi- 124 gendo fuerit satis etiam hinc constare docebitur, quod ut in facti specie refertur, coloni & subditi sæpissime supplices preces B. obtulerunt,

petentes ne ita rigide secum agatur, sed dilatio detur, quam etiam spe melioris fortunæ, à B. dicuntur quam sæpissime impetrasse. Sicut enim omnis privatio præsupponit habitum, *l. decem. ff. de verb. obligat. c. ad dissolvendum, extr. de dispensat. impub. Iohann. Hondede. cons. 72. num. 25. volum. 1. Aym. Cravett. cons. 976. num. 1. per l. manumissiones. ff. de Iustit. & jur. l. nec utilem, vers. neq; enim. ff. quibus ex caus. maj. in integr. l. Iulianus, ff. de divort. l. non potest videri desiisse, ff. de regul. jur. Francisc. Rivius decis. 513. num. 2. per l. qui duo. 5. §. 1. ff. de manumiss. vindic.* & carentiæ sunt habentium, *Bald. in l. licet, 3. oppos. C. loca. Octa. Cacheran. decis. Pedemont. 95. num. 12. Iohan. Petr. Sur. cons. 305. num. 64. fac. libr. 1. C. per quas person. acquir.* ita etiam illa supplicatio frequens subditorum, & subsecuta à B. dilatio, præsupponit quæstoris factum, quo extorquere debita conatus est *argumen. c. venerabilem. extr. de elect.* perinde uti petitio absolutionis præsupponit excommunicationem *Cravett. dict. consi. 976. num. 1. in fin. per d. cap. venerabilem.*

125 Octavo † ab omni culpa quæstorem absolvit prædicta B. dilationum concessio, & inprimis si probatum fuerit, quod B. impedivit sæpissime exactiones fieri, easque differri iussit ac voluit, donec fortuna vini melior, & anni copiosiores affulgerent, ut in facti specie narratur. Culpa enim caret, qui mandato domini, vel magistratus sui in rebus eiusmodi nullam atrocitatem habentibus paret, *l. liberorum. §. excusantur. ff. de his qui not. infam. l. liber homo, 37. ff. ad l. Aquil. leg. servus. ff. ad l. Iul. de vi public. l. non videtur, 167. §. qui jussu. l. ad ea, quæ 157. ff. de regu. jur. ubi Christoph. Sturtius. & Cagnol. ad l. Velle. per illum text. numer. 9. 10. & 11. ff. eod. Francisc. Bursat. cons. 312. num. 18. & 19. Aym. Cravett. cons. 961. num. 13. & 14. Mynsing. respon. 23. n. 27.* ut non incidat in præceptum alterius regulæ, quæ est *in l. non potest dolo, 199. ff. de reg. jur.* Ubi Javolenus: non potest, inquit, dolo carere, qui imperio magistratus non paruit. Ideoque nec in custodem carceris, aliumve ministrum superioris ulla cadit culpa, si id non egit, quod prohibitus erat facere, *ut per dict. leg. cum quidam, §. si pupillo ff. de usur. l. non idcirco, C. de rescind. vendit. l. liberto, §. largius ff. de ann. legat. l. arbit. ff. de recept. arbitr. dict. cap. qui diversitatem. extr. de concess. prab. dict. cap. §. solet, & gloss. ibidem, in verb. potuerit, de restit. spol. in 6. multaq; allegata probat Aym. Cravett. dict. consi. 362. num. 2. & consi. 353. num. 10.*

126 Quinimo † frustra planè culpa ab eo obiicitur, qui causam illi rei præbuit, in qua admissam culpam dicere intendit. *l. exceptione, 67. ff. de fidejuss. Aym. Cravett. consi. 919. num. 10. per l. cum mulier 47. ff. sol. matrim. leg. prima, §. si omnes, vers. vel ipsa eum illexerat. ff. de inspic. ventr. cust. part. & ibi gl. fin. & in l. 2. ff. quand. act. de pecul.* Cur officiosa hęc modestia & tolerantia officialis præiudicaret? Contra quam respondit *resp. 21. num. 78. volum. 1.* & cur B. improbaret rursum cum officiarii sui detrimento, quod ante voce sua approbavit? contra quam *in l. generaliter, Cod. de non num. pecun.* rescriptum est? Cur tandem culpam alteri imputaret, qui ipse ei culpæ causam præbuit? Quod iura non permittunt, per ea, quæ respondet Cravet. *cons. 525. nume. 4. vers. sed enim argumenta, consi. 353. n. 7. cons. 531. n. 7. cons. 924. num. 21.* Hinc est, ut conductor facto locatoris impeditus non teneatur ad præstandam pensionem, *Menoch. cons. 246. num. 1. & 2. per l. ex conducto ff. locat.* adeo, ut quamvis casum fortuitum in se recepisset, non tamen teneretur de eo, cui locator causam præbuisset, etiam iustissimo suo facto. *Menoch. consi. 55. numer. 14. secutus Pariz. consi. 40. num. 6. vol. 1. adde Menoch. consi. 119. num. 1.*

Præterea, † & nono, nemo administrator de casu tenetur fortuito, nisi nominatim in se recepisset, *per l. 5. §. nunc videndum, ibi interpp. ff. commod. l. contractus, ibi gloss. & Dd. ff. de regul. jur. cum similib.* Impedimentum autem, quod magistratus, cui necesse habemus parere, obiicit, & prohibendo præbet, pro casu fortuito habetur, *Ernest. Cothma. consi. 32. num. 150. per l. Lucius, ff. de contr. empt. & vēd. post Barto. ad l. exceptione, num. 4. ff. de fidejuss. & in l. per imprudentiam, ff. de evict. Bald. ad l. pignus, ff. de pig. act.* Administrator igitur, sive quæstor de eo, circa quod à superiore suo prohibitus est, non tenetur. 127

Nec deniq; officium suum † cuiquam propter factum alterius erit damnosum, *c. cum non deceat, d. elect. in 6. Andr. de Isern. singul. suo, 5. Martin.* Urãn. *cons. 5. num. 31. vers. nec debet, volum. 1. per l. si servus cōmunu. ff. de furt.* cum factum cuiq; suum, non alii nocere debeat. *l. factum cuiq; 155. ff. de reg. iur. c. non debet aliquis, c. mora sua, de reg. jur. in 6.* neq; alteri per alterum iniqua conditio sit inferenda, *l. non debet alteri. ff. eod.* nec imputandum cuiquã quod sua culpa non est commissum. *l. sciendum, 18. ff. ex quib. caus. maj. in integ. rest. l. quidã, 25. § si quis, ff. ad S. C. Treb.* lex quemadmodum pœna suos tenet autores, *l. sancimus, C. de pœn. l. crimē. ff. eo.* ita etiam factum superioris nō nocebit officiali, sed ipsimet impedienti. *per d. l. factum cuiq; suum, l. nec magistratib. 32. ff. de injur.* At si ad huius quæstoris periculum pertinere deberent nomina, quæ propter impedimentum à B. A. obiectum, & prohibitionem non potuerunt exigi, alterius facto, officiũ hunc quæstori esset damnosum, imputareturque ei, quod sua culpa non admisisset, factoq; alieno gravaretur. 128

Quæ † cum ita sint manifesto liquet hanc viduam, ne quidem ex mariti persona conveniri posse, eo non existente obligato ex tali causa, cuius gratia pro marito intercessit, ac proinde B. intentionem adversus ipsam non esse fundatam. 129

Hoc secundo ex eo etiam consequens est, neque seipsam, neq; etiam se pro marito aliter, quã sub conditione obligavit, his verbis: vnd ob wir vber bessere zuversicht in demselben dienste / in einē oder mehr puncten deren darüber sagenden bestallunge vngemeß / vnd ehrnbesagter A vnnd wegen derselben Herrn B. vnd B zu schaden vnd nachtheil gerierhent / vns erzeigen vnnd befinden lassen würden / alßdan sich sampt vnd sonders ꝛc. Item dergestalt vnnd meinung zum fall durch mehr berührte Ehleut eins oder das ander verursachen / nachlessigkeit vnd verwahrlossung ꝛc so sollen vnd wollen so wol wir nechstbenandte bürgen / als wir die hauptschuldener sampt vñ sonders vñ derē jedes allein / vñ in solidũ / für den / oder dieselbe erlittene schaden / nachtheil vñ beschwerung zu vollkommener deren erstattung ꝛc. stehē / vñ auff solchē fall mit vnsern haab ꝛc. kräfftiglich verbunden seyn ꝛc.

Quæ

130 Quæ verba † conditionalem proponere obligationem adeo manifestum est, ut nihil possit esse manifestius. Vox enim, ob wir / & vox, alß, dann/item/so sollen/quin respondeant voci, si, & tunc, nemo, qui idioma nostrum aliqua ex parte callet, negabit. Dubium quoq; nullum est, particulam, si, apud Latinos conditionem significare, idq; ex infinitis juris locis manifestum est, puta l.1. cum ibi not. ff. de verb. sign. l. itaq; ff de procurat. l. & eleganter. §. si dolo. ff. de dol. mal. l. a testatore. ff. de cond. & demonst. Dd. ad rubr. ff. de reb. cred. si cert. pet. Bartol. Castr. & alii ad l. 1. ff. de condit. & demonst. & ad l. 3 ibi Jas. & Bologn. ff. de legat. 1. Wesemb. in §. longe magis. n. 1. & 3. Inst. de legat. l. quodcunq; 45. §. non solum ubi Jas. n. 1. & 2. ff. de verb. obl. Joh. Pet. Surd. cons. 453. n. 20. Zas. cons. 13. n. 26. vol. 1. varior. JCtor. Dictionem au-
131 tem, † Tunc, & Sic, verba, alßdann/ restrictivam habere naturam, & id, quod disponitur, limitare ac revocare ad solum illum casum, præmissa conditione comprehensum, & casum oppositum excludere, decisum esse in sacro consilio Neapolitano, autor est Francisc. Vivius decis. 513 nu 4. & 19. & ita consuluit Cravett. cons. 943. nu. 8. idemq; docuit Decius ad l. fin. n. 2. C. de substit. & instit. idemq; respondit Menoch. cons. 326. nu. 16. ubi multas allegat autoritates. Sic & illa verba, zum fall/vnd auff solchen fall/ hoc est, in eum eventum, seu, non aliter, seu, in tali casu, nihil aliud intendunt, quàm ut obligationem ad conditionem præmissam revocent. Aym. Cravet. cons. 98. nu. 6. 7. 8. Alciat. resp. 492. n. 2 Decius in d. l ult. & cons. 107. n 2 vers. modo sic, si forma. verb. ut colligitur ex illo verbo, aliàs, &c. Menoch. d. cons. 326. nu. 16. & 17. Franc. Vivius d. decis. 513. n. 4. 18. & 19. ut quæ restringunt quamcunq; dispositionem, etiam favorabilem ad hæc ipsa, ad quæ se referunt, Aym. Cravet. d. cons. 98. nu. 14 per l. penult. C. de legat. Præterea, illa verba, vns erzeigen vnd befinden lassen werden/ꝛc. so sollen vnd wollen/ꝛc. verba sunt futuri temporis, & aliquid in futurum eventum conferunt, ut aliquid fit, vel non fit, ut aliquid factum sit, vel non sit. Atqui hoc proprium est conditionis. l. cedere diem, 213. ff. de verb. sig §. sub conditione Inst. de verb. obl l. conditio. 100. ibi Dd ff. eod. Joh. Schneid. ad d §. sub conditione. n. 1. Quinimo verba hæc relativa sunt alßdann/ so soll/ verba futuri temporis adiecta, ideoq; côditionem faciunt, secundum ea, quæ Aym. Cravet. respondit cons 936. n. 2. per l. si debitor. §. si verisimile. l. si quis fundum. utroq; loco Bart. ff. de contr. empt. cum simil:b.

132 Conditionalis † autem promissionis hæc natura est, ut antequam conditio existat, neq; obligatio, neq; actio sit nata. d l. cedere diem ff. de verbor. sign. sed tantum spes est debitum iri, § ex conditionali Inst. de verb. obl ubi Joh. Fab. Myns. Schneid. Borch. & alii. l. conditionales. ibi Dd. ff. de verb. sig. Schneidevv. in d. §. sub conditione. n. 13. & sic priusquam impleta ostendatur, nihil ponit in esse, ut loquitur Rol. à Valle cons. 58. n. 9 cons. 70. nu. 67. vol. 3. eaq. deficiente, dispositioni locus esse nequit, Aym. Cravett. cons. 935. n. 1. quia perinde est, ac si dispositum, aut pactum nihil esset, ut idem Cravetta late probat cons. 678. n. 4. cons. 867. nu. 11. cons. 663. nu. 14. & Rol. à Valle d. cons. 58. n. 19. d. cons. 59. nu. 9. vol. 3 per c. fin. de sponsal. 6. Itaq; nisi B. A. doceat côditionem prædictæ conventionis, litera B. consignatæ, extitisse, nempe quod uterq; vel alteruter coniugum sua socordia sive negligentia effecerunt, ut aliquod damnum Castrum, vel vice eius D. B. passus sit, daß sie der Bestallung in einem oder andern/vngemeß/ vnd ehern besagter B. A. (utrumq; † enim copulative requiritur. der Bestal- 133
lung vngemeß / vnd der besagter B. A. ꝛc. ita ut alterutrum factum esse ad complementum côditionis non sufficiat, l. si à reo. ff. de fidejuss. l. si is qui. 13. § 1. & 2. ff. de reb. dub. l 5. ff. de cond. instit. § pen. ibi Dd ff de hered. instit. l. si servus. 9. § 1. ff. si quis caut. jud. sist. caus. fact. Bal. in c. fin. in fin. de duob. fratr. à capit. invest. Jas. ad l. 1. nu 2 ff. de just. & jur. ubi multa adducit exempla. Eberh. à Middelb. in loco legali, à natura copulæ. n. 12. Rol. à Valle cons. 59. n. 14. vol. 3. Tib. Decian. resp. 42. nu. 23. vol. 1. & ut Paris. cons 92. nu. 14. vol. 1. ait, quia de natura copulæ (Et, vnd/) est, ut conventio vel dispositio ita facta verificari debeat in omnibus copulatis. per gl. & Dd. in l. si quis stipulatus fuerit decem. ff de verb. obl. Felin in c. ex parte. extr. de rescript. Menoch. cons. 56. n. 35. vers. & copula æqualiter copulat. ut idem sit de uno, quod est de altero ex copulatis. per l. si mihi & Titio ff. de verb. obl. l. reos. §. cum in tabulis. ff. de duob. reis Corneus cons. 233. nu. 1. vol. 1. nec ulla ratio patitur, ut copulativa resolvatur in alternativam. Bar. & Jas. in d. l. 1. n. 2. ff. de just. & jur. Dd. in l falsa. § ult. ff. de cond & demonstr. Andr. Tiraquell. ad l. si unquam. verb susceperit. num. 260. C. de revoc. donat. Menoch. cons. 3. num 24.) vnd wegen derselben Herrn B. A. vnd A. B. zu Schaden vnd nachtheil gereiche / vns erzaigen / ꝛc. Item/ zum fall durch mehrberührter Eheleute/ eins oder deß andern verursachen / nachlässigkeit vnd verwahrlosung/ꝛc. Nisi, inquam, hoc evenisse, & côventionem conditionis extitisse, clare doceat, absq; actione experietur, quia promittentes nô ostenderit obligatos. Nam † qui se in obligatio- 134
ne conditionali fundat, conditionem in specifica forma extitisse, seu impletam esse docere necesse habet, per l. ex his. C. quando dies leg. ced. l. cum qui novissimus ff ad S. C. Trebell Bal. in l. si quidem. n. 5 C. de ex cept. & in l. cum ex testamento in fi. C. de testam. mil. Dec. cons. 107 n 2. vers & ideo ista conditio debuit prius purificari & liquidari. & cons 401. n 1. & ideo ista conditio debet liquidari. Alciat de præsumpt. reg. 3. præs. 3. n. 2. Rol. à Valle d. cons. 58. n. 20. vol. 3. per l. ita stipulatus. §. quod si ab initio. ff de verb. oblig. idq; in specie dati damni respondet Cravetta cons. 723 n. 3.

Tertio, † contractus, à quo lex removet po- 135
tentiam, vel quem prohibet, ipso jure nullus est, l. à Divo. 58. in fin. ff de rit. nupt. l. non dubium. C. de legib. Bald in l. 1. C. plus valere quod ag. &c. & in 6. ad hæc. col. 2. de pace juram. firm. l. libertum minorem. ff de jure patr. c. 1. de reb. eccl. non alien in 6 l. 2. in princ l. 3. l 4. C. de præd. min. l. nemo potest. 55. ubi Bologn. & Jas. ff. de legat. 1. Franc. Vivius d decis. 369 n 19. Franc. Milanens. decis Reg. Sicil. 2. num. 153. & seqq. & decis. 16. nu. 23. lib 2. per l. cum lex ff. de fidejuss. cum nullum & inutile idem sit, & imagine rei careat, Flamin. Paris. q. 46. n. 25. 29 & 31. de confiden. benefic. Ac † ideo 136
illud, quod ipso jure nullum est, nullû effectum producere possit, Rol. à Valle cons 76. n. 21. vol 2. Menoch. cons 350. nu. 14. neq; executionem mereatur, Camill. Borellus consil. 38. nu. 22. Francisc. Milanens. dicta decisione 2. numer. 154. ubi subdit, hanc nullitatis exceptionem esse intentionis & facti;

quam etiam judex parte non opponente admittere potest, & repellere agentem, *per ea quæ ponit Bartol. & Alexand. num. 7. in fin. l. ubi pactum. C. de transact. Iaf post alios in l. qui se debere. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut.* ubi Jason declarat, quæ dicatur exceptio intentionis & facti; nempe quæ negat actori competere vel competiisse actionem, de qua re plura Francisc. Milaneus *d. decis. 2. n. 155. 156. & 157.*

137 Clarissimi autem juris est, uxore † pro marito intercedente, aut unà in eodem instrumento per eundem contractum se obligante, præsertim quando totum hoc negotium, quod tractatur, ad maritum, ut hoc casu spectat, legem ab actu potentiam removere, idq; fieri prohibere; & si contra fiat, nolle eam obligari, nisi manifesto ostendatur, creditum in rem uxoris versum esse, *Nov. ll. 134. ut nulli jud. lic. hab. loc secur. c. 8. ubi Iustinian.* Et illud vere, inquit, prævidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat, proprio viro aut scribat, & propriam substantiam, aut seipsam obligatam faciat; jubemus nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifestò probetur, quia pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint. Et ex hac Novell. desumpta est *auth. si qua mulier. C. ad S. C. Vellej.* eamq; decisionem *gl. Bart. Bald. Castr. Cyn. Salyc.* & alii omnes sequuntur, eamque dicunt non tantum habere locum, si pecunia credita sit, sed in omni alio cõtractu, quem cum marito, vel pro eo celebrat, *secundum Odofred. quem ibi sequuntur gl. Bald. in pr. vers. sed Odofred. exponit. Bart. nu. 1. vers. quæro, dicitur hic, creditur instrumento. Castrens. n. 2. vers. quidam vero dicunt. & vers. in text. ibi crediti. & Cyn. ibid. vers. & intelligit. Iacob. de Arena. Bologn. consil. 45. per tot. Andr. Gail. pract. obs. 89. n. 1. & seq. lib. 2.* Cuius rei rationẽ hanc esse, ibidem Bald. indicat, quod crediti nomen, ut & pecuniæ, generale est, & eadem ratio etiam in aliis creditis, quantum ad intentionem *d. auth. si qua mulier.* Ut ubi eadem ratio sit, idem jus esse oporteat, *Joh. Vincent. Honded. cons. 45. n. 22. vol. 1.* qui *n. 16. & seqq.* de hac Justiniani nova constitutione disserens: Quoniam, inquit, de jure communi mulier consentiens obligationi viri, vel cũ eo se & sua obligans, olim juvabatur SCto Velleiano, cui mulier renunciare poterat, & eius beneficio privabatur, quando monita renunciabat, *l. fin. §. fin. ubi gl. ff. ad SC. Vell gl. in l. sciendum. ff. de verb. oblig. ubi Alex. n. 29. & Iaf. n. 30. vers. tertio nota, &c.* hodie vero ipso jure conservatur illæsa, & obligatio eius nulla redditur, *ut probat text. in dict. auth. si qua mulier. Socin. sen. cons. 15. n. 21. lib. 1. Bolog. cons. 45. n. 4. & seq. Ang. Aretin. in §. est & aliud genus. n. 3. Inst. de donat. & in §. item si. nu. 37. vers. & prædicta*

138 *sunt limitanda. Inst. de except.* ubi dicit, † auth *si qua mulier*, locum habere, etsi multoties mulier ratificaret, & etiam post decem annos. Sic & Ant. Tessaur. *decis. Pedemont. 223. n. 1.* Uxor, inquit, pro marito intercedere non potest, & si id faciat, talis obligatio est ipso jure nulla, *auth. si qua mulier. C. ad Vellej.* neque requirit, inquit, beneficium exceptionis, prout in Vellejano. Resistit enim hoc casu non solum S.C. Vellejanum, & eius ratio, fragilitas scil. muliebris, sed etiam dispositio illius auth. & est ratio eadem, quæ impedit donationem inter virum & uxorem. Quam etiam rationem sequitur Andr. Tiraq. *in tract. de legib. connub. l. 1. part. 1. nu. 25.* idemq; nuper approbat late Valent. Franc. *de fidejuss. c. 2. n. 194.* idq; non solum ita se haber, si aperto & expresse pro marito intercedat, sed etiam, quando maritus & uxor simul se obligantes ambo se constituunt (uti hoc nostro casu) principales debitores, *Alberic. in d. auth. si qua mulier. n. 2. & Bald. col. 2. n. 13. quæritur ulterius, pone. Ibid. Iacobin. de Belviso. & Salic. nu. 8. Aretin. in d. § item si. nu. 39 vers. quid si vir. Iohan. Vincent. Honded. d. cons. 45. n. 19. Ant. Tessaur. d. decis. Pedemon. 123. n. 2. vers. amplia primo. Ioan. Zanger. de except. part. 3. c. 9. n. 38. Val. Franc. de fidejuss. cap. 2. n. 152. Castrens. cons. 8. n. 1. vol. 2.* Imo etiam si mulier principaliter se obligaret, & maritus fidejuberet, idem dicendum esset: quia præsumeretur, mulierem pro viro intercedere quæsito colore, *secundum Bal in d. auth. si qua mulier. n. 9. vers. quæro contra, & c. Ioh. Vincent. Honded. d. cons. 45. num. 20.* Et ita non tantum Curia Pedemontana, referente Ant. Tessauro *d. decis. 223.* sed etiam Imperialis Camera judicavit, *autore Dn. Andr. Gail. d. obs. pract. 89. n. 1. lib. 2.* Quod si ita est, ut est verissimum, hæc quoq; obligatio est ipso jure nulla, ut quamvis conditio eius extitisse probaretur, vel liquidò constaret, culpa mariti, vel utriusque coniugis quid damni Castrum passum esse, ex hac tamen conventione Castro non competeret actio.

Quartò, † hæc non parum confirmabuntur 139 argumentorum, quæ in diversam partem urgeri possunt, refutatione. Quo argumenti genere Menoch, Rol. à Valle, Tib. Decian. & alii Jurisconsulti non rarò utuntur.

Non enim obstat, quod primo † obiici posse 140 supra ostendebamus, humanæ fidei nihil convenire magis, quàm ut pacta, quæ vim legis habent inter paciscentes, perinde, ut ipsæ leges, serventur, non solum à viris, sed etiam à fœminis, cum conventiones & contractus ut plurimum iuris sint gentium, quod inter sexum fœmininum & masculinum non distinguit. Hoc quidem regulariter ita est, & procedit, ubi lex vel constitutio obligationi non resistit, nec potentiam ab actu removet, *juxta d. l. generaliter. C. de non num. pecun. l. 3. ff. de neg. gest.* nec etiam inter marem & fœminam distingui, *juxta d. l. 1. ff. de verb. signif. l. pronunciatio. ff. eod. cum ibi annotatis. Hubert. Zuchard. ad l. fi. C. de edict. D. Hadr. toll.* Ubi verò lex vel constitutio obligationi resistit, vel etiam prohibet, & potentiam ab actu removet, *l. à Divo. 58. ff. de rit. nupt. l. non dubium. C. de legib. Bal. in l. 1. C. plus valere quod agit. l. nemo potest. 55. ubi Dd. ff. de legat. 1. Franc. Virius d. decis. 369. nu. 18. lib. 3.* aut apertè inter marem ac fœminam statuit differentiam; *secundum Hubert. Zuchard. ad d. l. fin. n. 64. Paul. de Cast. cons. 123. viso testamento Michaëlis, n. 3. vol. 1. Valent. Forster. de success. lib. 3. c. 18. n. 8. Rolan. à Valle cons. 76. n. 1. & seqq. vol. 3. Dec. ad l. fœmina. & ibi Dd ff. de reg. jur.* prædicta regula fallit; nec idem in fœmina quod in mare statui potest; sed eiusmodi obligatio contra leges vel constitutionis dispositionem inita, est ipso iure nulla, nec parit aliquẽ effectum, neq; actionem

nem exceptionemve producit, *per d.l.non dubium. C.de legib.d.l.nemo 55.de legat.1.d.l à divo.58. Franc. Vivius d.decis.369.n.19. Flam.Paris.d.quæst.46.n.25. & seqq.de consid.benefic. Franc Milan.d.decis.2.nu.153. & seqq.* Et prætor ipse in edicto suo de pactis servandis excepit ea, quæ adversus leges, plebiscita, senatuscõsulta, & edicta principum facta essent; quæ ait, se non servaturum esse, *l.7.§ ait prætor.ff. de pact.* Ideoq; Gaius, contra juris, inquit, regulas pacta conventa rata non habentur, idque exemplo pupilli declarat *in l.contra juris 28 ff eod.* Cui
141 etiam † adstipulatur definitio obligationis à Justiniano tradita *in §.1.Instit.de oblig.* quando dicit, obligationem esse juris vinculum, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura; quasi dicat, non indistincte nos adstringi, sed secundum nostræ civitatis iura; ut si ea non adsistant obligationi, aut nolint aliquid ex ea solvi, iuris vinculum censeri non debeat tale, quo necessitate solvendæ rei adstringamur. Huic autem obligationi, de qua nobis quæstio est, cõstitutio Justiniani *in d.Nov.134. c.8. & d.auth.si qua mulier.C.ad S.C.Vellej.* non minus quàm S.C.Velleianum resistit, *l.1.ff.ad S.C. Vellej l 1. vers quod nec si sponte. C.ne ux pro mar.* ubi Dd.& potentiam ab actu removet, prohiberque obligationem ratam esse, si pro marito, vel unà cum marito se obliget, ut supra probatum est, *ex Bar.Bald.Cyn.Castr.Saly. Belvis.ad d.auth.si qua mulier. & Ioh.Vincent.Honded.cons.45.n.16.17.18.22 & 23.vol 1.* ubi *ex Bologn.in d.cons 45.n.4.in fin Paul. de Castr.cons 41.n.2.lib.1.* & modo allegatis interpretibus asseverat, mulierem tali casu ipso iure
142 tutá esse, quia non esse obligatam. Deinde † obligationis conditionem nõ extitisse, supra quoq; probatum fuit, ut ita non possit ex hac promissione conditionali videri adstricta, nisi conditio liquidetur, & extitisse doceatur. *per d.l.ex hu.C. quando dies leg et ced. l.eum qui noviss.ff.ad S C. Trebell Ioseph.Mascard de probat.vol.1.concl.43.nu.4.& 5.* Non etiam dare, sed facere promisit, ne facto
143 suo aliquid damni detur Castro. Promissio † autem facti in id quod interest, aut pœnæ nomine promissum, non prius censetur commissa, ut ex ea agi possit, quàm si contra factum sit, quàm fieri oportuit, *l.si pœnam 68.l stipulationes nõ dividuntur.72.vers.Celsus l.quotiens 81 l existimo 98 § fin.l. si stipulatus fuero 111.l.si quis stipulatus 112.§.1 l.si insulam.84.l.si fundum.114. ff de verb.obl.l.seq §.1.vers. non statim cõmittitur, §.itẽ si quis ita. vers.non ante cõmitti stipulationẽ quàm desisset. vers & tamdiu ex stipulatione nõ posse agi, quamdiu per promissorẽ nõ steterit, quo minus hominẽ daret. l quidã cũ filium.132.vers.an stipulatio cõmittatur. junct. vers igitur si contra cõventionem factũ sit, cõmittetur stipulatio. ff. de verb.obl.l si quis ab alio.13.§.1. ubi Bar Ias.Castr.Duar.ff de re jud. §.fi.Inst de verb.oblig.ibi Mynsi.n 3 vers.quare & Wesem.vers.eo aũt in factu* idq; doceatur, quia facta nõ præsumũtur, sed probãda sunt, *d.l.in bello, § facta. ff.de captiv. & postlim revers.c.cũ Ioannes vers.respõsionẽ istã ext.de fid.instrum* quia incerta sunt, *l.Arethusa.ff.de stat.hom l.triticũ.ff de verb obl.* & nõ facta latẽt, uti facta patẽt. *c.cũ in cunctis c.quãto ext.de trãslat.Rebuff.in repet.l.unic n 141.vers minus obstat, C.de sent.quæ pro eo quod interest. Ioseph.Mascard de probat. part.2.concl.732.* qui *n.3.* hoc usq; eò etiam extendit & amplificat, ut nedum in facto, sed etiam in iis, quę ex ipso facto oriuntur, procedat; quia nec illa præsumuntur, sed probanda sunt, teste Francisco Balbo *in tract.de præscript.part.3.prin.in fi.* Idq; inprimis hoc nostro casu ita erit, quando versamur circa tale factum, quod fieri non oportuit:
quia † quilibet præsumitur hoc potius fecisse, 144
quod iure faciendum erat, & nõ illud, quod iure facere non debebat, *Mascar d vol 1.concl.734.* ut evitetur præsumptio delicti, *juxta l. merito. & ibi Dd ff.pro soc. Alciat.de præsumpt.reg.3 præs 1 n 1. Natt. cons.549.n.11.& cons.407.n 20.Ias.in l.qui jurasse §. 1.n 8 ff de jurejur. Ant.Trigon sing.70. Ioseph.Mascar. de probat.vol.1.conclus.495.* At uxor S.nihil contra conventionem fecit, nec tale factum doceri potest, *ut supra ostensum est per l.2.ff de reg.jur.cum simil.* cum eiusmodi factum administrationis iurisdictionis & magistratus, quem ipsa non gessit, neq; iure gerere potuit, ac sic nec administrare. Ubi similiter evidentes rationes allatæ sunt, cur nec maritus possit videri quidquam contrà conventionem fecisse vel omisisse. 1. ut qui in aliis satis diligẽs, & ideo in hac administrationis parte eandem diligentiam adhibuisse præsumatur. 2. ut qui ab ipso B.A.impeditus. 3. nec non annorum, bellorum, tumultuumq; calamitate. 4. ac spe sibi de meliore colonorum fortuna facta, &c. Ex quo hoc cõsequẽs esse iudicatur, ut quãvis hæc uxoris pro viro intercessio iure subsisteret, ea tamen hoc nostro casu, neq; ex sua, neq; ex mariti conventione obligata esset, ac proinde actionẽ in eam non cõpetere, sine quà nemo experiri potest, *l.6.§ fin. ff de neg.gest.* quia stipulatio hæc facti præstandi commissa non sit, neq; etiam commissa doceatur, ut quæ in persona E.quoq; committi non potuit, *per d l 2.ff de reg jur.* Quæ cũ
ita sint, tanto † minus potest illud, quod Jo.Petr. 145
Surd.*d cons 367 n.8.* respõdit, nobis obstare; tum quod præsupponit contractũ, ex quo iam cõstat, eam aliquid debere, tũ quod propriũ ipsius mulieris requirit negotiũ, & ut res suas proprias tractet mulier, ut satis indicãt illa verba: *nõ tamẽ prohibetur propria gerere negotia, & res suas tractare bona fide, & fraude semota.* Atqui hic nondũ constat, cõditionem conventionis extitisse, ut obligata esse possit; ac clare apparet, eam non propriũ hic gessisse negotiũ, neq; rem suã tractasse, sed rẽ & negotium mariti, idq; inprimis cõstat ex principali contractu, qui sub litera A. propositus supra est. Deinde etsi *d.n.8.& 9* hoc ita generaliter Jo.Pet. Surdus asserat, fatetur tamẽ paulo post *n 12. vers. minus repugnat.& n.13.vers secundo respondetur. per d. auth.si qua mulier.* coactus, legẽ resistere illi obligationi, quã cum marito & pro marito cõtrahit, ex causa omnino volũtaria, nisi specialiter *d auth. si qua mulier.* iureiurando renunciaverit, aut causa omnino fuerit necessaria. Ideoq; non absolute, sed certo modo id, quod Surd. *in d cons.367.nu.8. & seq.* respondit, accipiendũ est: ut & illud, quod *in d.decis.Mantuana 75.n.14.& seqq.* tradit, habili-
tatem † personæ in quocunq; contractu præsu- 146
mi, & qui velit dicere contrariũ, hoc docere debere: quod sane ita est, nisi ex ipsa re vel ipso aspectu sexusve notorietate habilitatis defectus manifestus sit, ut si ex aspectu appareat iudici, cum quo contractum est, vix esse posse decem vel

vel duodecim annorum, *Ioseph. Mascar. concl. 666. num. 17. & conclus. 667.* Hic autem ex ipso aspectu liquidum est fœminam esse, quæ pro marito intercessit, seque cum marito obligavit, reclamante & improbante obligationem lege *in d. auth. si qua mulier.* Ac denique totum hoc responsum 367 Joh. Petri Surdi extra nostros terminos cõstitutum est, quia totum agit de eo casu, utrumne uxor pro marito fidejubens vel intercedens cum effectu obligetur, si jurejurando beneficio *d. auth. si qua mulier.* renunciavit, aut maritus sit incarcerandus vel incarceratus, ac pro eius liberatione, & sic ex causa quadam necessaria, & præcipuè pietatis seu reverentiæ debitæ intercedat: quod merito affirmat. Hi enim casus à regula *d. auth. si qua mulier. & d. Nov. 134. c. 8.* sunt excepti, ut apud Dd. ibidem videre est, lateq; ostendit idem Joh. Petr. Surd. *nu. 13. 14. & seqq.* Standum autem
147 est † regulæ, ubi casus exceptus non docetur, *Bar. & Ias. nu. 33. ad l. 2. ff. si quis in jus voc. non ier. Decius ad d. l. 1. n. 6 post glos. magn. ff. de reg. jur. Hieronym. Duar. Franc. ad rubr. ff. eod. Mynf. conf. 14. n. 18. & seqq. Wesemb. cons. 7. n. 7.*
148 His † etiam tollitur illud dubiũ, quod verba promittentis sunt prægnantia & sępius geminata, cum non sufficiat adesse enixam voluntatem, nisi etiam potentia adsit, & justitia, seu legis adsistentia. Siquidem in omni actu humano, ut valeat, & effectum pariat, hæc concurrere oportet: potentiam, voluntatem & justitiã; ut si eorum vel unum deficiat, actus sit invalidus & nullus. *gl. & Bal. ad l. si filia. C. de donat. ante nupt. gl. & Panorm. ad c. cum super Abbatia. extr. de offic. deleg. Menoch. conf. 75. n. 34 conf. 108. nu. 4. conf. 157. n. 1. Marc. de Mantua sing. 251. Tib. Decian. resp. 40 nu. 21. volum. 3. Ias. in l. 7. §. hodie. n. 8. vers. quarto limita ff. de pact. Cagnol. ad l. aliud est vendere. §. 1. n. 9. ff. de reg. jur. facit d. l. non dubium. C. de legib. d. l. nemo. 55. ff. de leg. 1. l. ex imperfecto. C. de testam. c. non est obligatorium. ubi Dd. de reg. jur. in 6. l. obligationes quæ. 27. ff. de oblig. & act. d. l. 7. §. ait prætor. d. l. contra juris ff. de pact.* Potentiam & justitiam, seu juris adsistentiam hic deficere *propter d. Nov. 134. cap. 8. & d. auth. si qua mulier.* jam sæpe probatum est. Sola igitur voluntas, licet millies geminata sit, & quam maximè enixa probetur, hoc nostro casu non sufficit.

149 Ad † secundum objectionum genus, quod proprium promisit factum, ideoq; cum effectu obligata sit, respondetur similiter, hoc ita esse, nisi revera factum mariti promiserit, & in sese receperit: tali enim casu revera pro marito intercessit, locum habet exceptio nullitatis, *juxta d. authent. si qua mulier.* & sic extra terminos huius axiomatis versamur, nec sumus in casu, quo mulier redigitur ad terminos juris cõmunis. Quinimo in casu à jure expresso hic versamur, quo jus fœminam obligatione eximit, nec obligari vult *d. authen. si qua mulier.* ut ideo nec *d. l. fin. C. de jur. & fact. ignor.* huc quadrare possit: neque, ut ante demonstratum est sæpe, ad E. officium pertinere potuit, hæc tributa, dacia & reditus à subditis exigere, *propter d. l. 2. cum ibi annotatis. ff. de reg. jur.*

Ad tertium respondetur, primum & principalem contractum, de quo sub litera A. liquidissime probare, non uxorem, sed maritum eius ad hoc officium præ cæteris promotum esse: deinde ipsa se non ingessit, neq; potuit, *juxta d. l. 2. de reg. jur. cum similib.* neq; ulla eius negligentia circa hoc officium cõmissa doceri potest. Sunt itemque † verba accipienda pro natura, qualitate & 150
condicione rei subiectæ, *l. interdum. 78. l. potestatis. 215. l. pueri. 204. l. pecuniæ. 222. & l. pecuniæ. 127. ff. de verb. signif. cum ibi not. l. cum pater dotem. ff. de pact. dotal. Ioh. Pet. Surd. cons. 3 n. 21. Tib. Decian. resp. 68. n. 15. vol. 2.* ac personarum contrahentium, *c. si de beneficio. de præbend. in 6. l. plenum. §. equitii. ff. de usu & habit. Roland. à Valle conf. 76. n. 11. conf. 82. n. 17. vol. 3.* utroque loco in specie Rolandus hoc ad fœminarum contractum, quem cum maribus peragunt, accommodat. Quod si naturam, qualitatẽ & conditionem principalis negotii & utriusque personæ promittentis attendamus, apparet, non posse hæc verba, vnd zu dero Rentdiensten/ &c. æque proprie & bene in fœminam, uti in marẽ cadere: imo totum negotium mariti esse: ideoq; fœminam non aliter, quàm consequenter, & quidem per modum intercessionis continere possunt. Cum † itaq; *d. auth. si qua mulier. & d. Novell. 134. c. 8.* 151
omnem mulieris pro marito suo intercessionem, etiam eam, quæ publicam administrationem concernit, infirmet, ac ratam esse nolit, ut patet ex verbis: *Sive privatum, sive publicũ sit debitum. in d. auth. si qua mulier & d. c. 8.* ne quidẽ propterea ex facto mariti obligata erit, quia administratores publicos de negligentia sua teneri, non tantum pro his, quæ gessit, sed etiam pro his, quæ gerenda suscepit. Favor enim Reip. hoc mulieris privilegium *in d. auth. si qua mulier.* non vincit, sed vincitur: unde Bal. *in d. auth. si qua mulier. col. 1. vers. item hac authen. loquitur in contractibus viri, & c. verb. nota etiam.* nota, inquit, etiam, quod propter publicum debitum non receditur à beneficio mulierum: & nota hic casum, in quo mulier præfertur Reipub.

Quæ quarto loco allegantur, huc non rectè trahuntur, cum principaliter B. cum E. non, sed cum marito eius contraxerit, & nõ ignoraverit, eam pro marito suo hoc modo intercedere: ut ideo potius contra B. A. retorqueri possint, *per tex. in l. si adversarius. 10. vers. enimvero. C. ad S. C. Vellejan. l. Seia. §. fundum. l. quamvis. §. si cum essem. ff. ad S. C. Velleian.* Deinde etsi hoc ita fuit, antequã Justinianus generaliter & simpliciter prohiberet intercessionem fœminarũ, & obligationes unà cum maritis factas, *in d. Novell. 134. c. 8 & d. auth. si qua mulier.* hodie tamen longe plenius, & omni tali casu uxori consultum est, modò nullius doli vel fraudis rea arguatur. At hic fraudis dolive argui non potest. Quinimo † cum constet, hanc S. 152
uxorem locupletem fuisse, multaq; bona sub imperio & jurisdictione B. A. passim habuisse. S. autem eius maritum sub ea jurisdictione nulla immobilia propria possedisse, ut qui ex alia regione oriundus erat, inde vehemens præsumptio oritur adversus D. B. & maritum ipsum, inductã esse hanc fœminã blandis sermonibus, dignitatũ larvis, & id genus aliis, ut pro marito & unà cum marito sic promitteret, *contra l. 1. ff. ad S. C. Velleja. d. auth. si qua mulier.* & marito quasi donaret solutionem postmodũ è rebus suis patrimonialibus faciendam & exequendam. Tali autem casu, ubi aliqua † vel levissima donationis inter coniuges 153
suspicio esse potest, quin ipso jure non obligetur mulier,

mulier, ex Cyn. Bart. Bald. Castr. Salyc *in d. auth si qua mulier. Ioh. Vincent. Honded. conf. 45 n. 8 n. 13. 14. 16 17. 19 20. 24. 32 vol. 2. Ant. Tessaur d. decis Pedem. 223 n 1. vers. & ratio illius auth. & n. 2 Ioh. Pet. Surd d. cons. 367. n 9. Andr Gail. d obs. 90. n. 9. lib. 2. pract. obs.* expeditum est. Porro ex supra deductis apparet, nihil hic in quæstionem venire, quod ipsa gerere potuerit & debuerit. Deniq; nihil hic principaliter E. creditum est, quod possit videri permisisse postea viro suo, ut is in usus suos converteret: sed contrarium potius patet, ut ita etiam non bene ad hoc factum ea jura conveniant: nec possit videri eadem esse ratio, ut ideo hic etiam de-

154 beret esse eadem decisio juris: quin † potius diversitas facti diversitatem juris desiderat. *l. aut facta. ff. de pœn. l. ut responsum. C. de transact. Ioseph. Ludo. decis Rotæ Luc. 44 n. 44. 61 & 62. Meno. cõs 50. n. 2.*

Quoad quintam dubitandi rationẽ, primo nõ statim per hoc instrumẽtum probatũ esse, œnopolium cõmuni quadam societate hos coniuges unà exercuisse. Et nisi constet, vel doceatur iure quodam societatis, ut quæstus ex illa taberna esset communis inter eos, exercuisse in communi, prædicta jura, *de quibus Gail. d obs 90. n. 1 Mynsobs. 29 cent. 1* locum non habent, ut ex ipsis colligere est, præsertim Gail. *d. obs. 90. n 5. vers. & ista intelligenda sunt, &c. vers secus si ad suam utilitatem.* Deinde hæc facultas exercendi tabernam vinariã marito, non etiam uxori concessa est. Tertio pars & portio est salarii publici istius, quod in cõpensationem laboris hic Q. habere debebat; & sic annexum seu accessoriũ est officii Quæstorii, à quo separatũ non est, sed ei adhæret, *arg §. si Inst. de fidejuss. l. 9 §. Alphenus ff. de dam. infect. Aym. Cravet. cons.*

155 478 *n. 5.* At † de connexis idem est iudicium, *c. si super gratia, de off deleg. in 6. Pet Peck ad c. accessorium. de reg. jur. in 6.* & accessorium sequitur, seu habet eandem naturam & conditionem, quam principale eius habet, cui accessit, *d. c. accessorium l. si cui. ff. quib. m. od. pign vel hypoth. l. qua ratione §. litera. ff. de acq rer. dom. l. gi § fin ff. de except. rei jud. & ut Aym. Cravett. d. cons 478. nu 5.* ait, quod accessorie venit ad alterum, unum atq; idem existimatur cũ suo principali *secundum Bald. in l. cum dotem. in fin. C. de jur. dot. arg l profectitia. §. si pater §. sed si pater ff. de jure dot.* Cum itaq; hæc fœmina Quæsturæ incapax sit, *d. l. 2. ff. de reg jur.* huius etiam œnopolii exercẽdi incapax fuerit, necesse est. Quarto, etiamsi hãc tabernam vinariam societatis iure, cõmuni opera & impensa cum marito exercuisset, tamen in hoc cõmune negotium reliqua illa, quæ calculo subducto manent, nõ sunt à B. A. credita: ideoq; nec uxor hoc nomine obligata cẽseri potest, *autore Dn. Gail d obs 90. n 5 vers. secus si ad suam utilitatem verb quia creditum non est, &c per l. jure societatis.*

156 *ff pro soc.* Quinimo † uti nullus socius ex negotio socii extra societatem gesto, obligatur, *ut p. d. l. jure societatis, & l. nemo ex sociis. ff. pro soc. cum similib. Gail. d. obs. 90 n. 6.* probat, ita nec uxor cuiusquam societatis causa pro marito obligata erit, de eo negotio, quod extra societatem maritus gessisset: cui etiam ea adstipulantur, quæ scribit Gabriel Mudæus *ad d. l. jure societatis. & d. l. nemo ex sociis.*

Sexti minor, sive assumptio negatur, per ratio-

157 nes supra deductas: & † cum reliqua ex ratione, de quibus quæstio est, ad E. maritũ non venerint, sed adhuc apud colonos & subditos extent, non potest videri hoc debitũ in communem utilitatẽ perven sse, aut ad alimoniã familiæ adhibitũ esse.

Deinde † et si quidem verum sit pro meliore & 158
faciliore familiæ sustentatione, item ut honorati inter suos hi coniuges essent, maritũ hoc munus suscepisse: nõ tamen propterea consequens est, vel hęc reliqua quoq; talia esse, vel uxorem de iis in subsidium teneri: cum Castren. Tessaur. *d. n. 15.* Jo. Pet. Surd. *d. privil 48. n. 6. & d. cons. 368 n. 27.* & Bal. *Norell* nõn agant de eo, quo ex consequente talis obligatio est, sed de ipso principali contractu, principaliter propter cõmunem utilitatem inito, ut si de alimentis & propter alimenta convenit, *Io. Petr Surd. d cons. 367. n. 27 & 28 Anton de Gamma decis. Lusit. 366. n. 6. & 7* aut eo fine, ut honor mariti vel utriusq; coniugis cõservetur, carcer & reliqua mala, eáq; ignominiosa avertãtur, *Io. Pet. Surd. d cons 367 per tot.* sed in iis terminis hic non versamur. Præterea hic cessat conditio & eventus cõventionis cum ostẽdi nõ possit, aliquid culpa vel fraude mariti uxorisve exactum, neglectum vel corruptũ esse. Substantia igitur obligationis deficiente, et obligatio ipsa deficiet, per ea q̃ supra sunt ꝓ cõfirmatione deducta. Multiplex itaq; ratio est, cur hoc argumẽtũ hic nõ ꝓcedat.

Sic † septimo negatur eiusmodi prætẽsa con- 159
suetudo, de qua in septima dubitandi ratione actum est: & cum facti sit, oportet eam in specie probare. *gl. ad l. 1. verb. probatu hu. C. quæ sit long consuet. Dec. cons. 538. n 8 & cons 5 o n 2. cons. 401. n. 11. cons. 410. n 8 Paris. cons 3 1. n. 14. vol 2. Aym. Cravet. cons. 624 n 13 cons. 642. n. 15 cons. 781. n. 2. cons. 979. n. 10. vers factum probandum Ios ph. Mascar. de probat. concl. 423 nu 26.* Quomodo autem probanda sit consuetudo, patet ex Mynsi. *resp 12. n 23 nu. 19 & seqq. Andr. Gail pract. obs 3 1. lib. 2. & Mascard. de prob. concl. 423 424 & aliquot seqq vol. 1.* Limitat quidẽ illud Joseph Mascard *d. concl. 423. n. 26.* ut probatione non indigeat, si notoria sit eo loci, ubi causa agitur, & casus evenit, quod & Hieron. Marilian. *decis 33. n 1* statuit; hic tamen minime notoria videri potest, cum vix ullum exemplum eius loci, ut audio, proferri possit, in quo extra causam propriæ vel communis negotiationis uxor pro marito coacta sit solvere. Nec quicquã huc facit vicinæ terræ H. consuetudo, quæ nec ipsa ubiq; eadem & sibi similis est, sed varia & multiplex, cum vix unus pagus in superiore H. W. cõtingente reperiatur, quæ non peculiarem à cæteris vicinis suis oppidis & vicis consuetudinem prætendat, ut notum nobis est ex notis summi dicasterii, & inquisitione superioribus annis ea de re per universam superiorẽ H. habita. Quod

autem † varie & inconstanter observatum est, 160
consuetudinem non probat, *Hieron. Marilian. decis 60. n 15 per l cum de consuetudine ff. de legib Hieronym. Cagnol. ad l. nemo alieno § temporaria ff de regul. jur. Mynsing. d resp 12 num. 25. ubi ex Bart. ad d. l. 2. in princip vers. ex quo not. ff soluto matrim. & l. solent §. nonne. ff de offic. proconsul.* refert ex difformi usu populi non intelligi intentionem introducendi consuetudinem probatam, quod etiam inculcat & pluribus confirmat *in d resp. 13. n. 23.* cui Johan. Petr. Surd. *consilio 393. numero 24.* subscribit, ubi ex Bartol. *ad leg. semper in stipulationibus. ff. de reg.*

de reg. jur. & ibidem Cagnol. num. 12. asserit, ubi unicus actus probatur contra allegatam consuetudinem, tunc constare consuetudinem non extare. Quin † etiam cum consuetudo stricti juris sit, *l. 1. §. Iulianus ff. de itin. actuq. privat. Cravett. cons. 69. nu. 5. Rol. à Valle cons. 69. nu. 30. vol. 3.* & facti, à re ad rem, à causa ad causam, *Bart. ad l. 1. §. si quis hoc. ff. de itin. actuq. priv. Innoc. in c. cum dilectus. col. 1. extr. de capell. monach. Tib. Decian. resp. 51. n. 123. vol. 2.* ita nec à loco ad locum extenditur, *Ioh. Petr. Surd. cons. 323. nu. 13. Aym. Cravett. cons. 100. in corollario. nu. 105. Tib. Decian. resp. 11. n. 181. vol. 1. Bar. ad l. semper in stipulationib. Corneus cons. 293. n. 4. vol. 1. Menoch. cons. 75. num. 81.* Quod † autem Francisc. Bursat. *cons. 161. n. 20. & 63.* ex Curt. *tract. de consuet. nu. 341. & 347.* ac Boërio *decis. 263. n. 9.* consuluit, consuetudinē vicini loci antiquam, ad vicinum locum extendi, *per c. 1 de feud. cognit. c. Catholica. 11. dist. c. ex parte Compostellani. ibi glos. c. super. vers. quod illud observare tenetur. quod in vicinis provinciis observatur. extra. de censib. c. cum olim. extra. de consuet.* non generaliter est intelligendum, sed de eo tantum casu, quādo in favorabilibus dignitatibus vel statutis similibusq; actibus interpretandis versamur, nec reperimus aliquid de eo casu specialiter scripto constitutum: tum enim recurrere debemus ad generalem provinciæ seu principatus vel civitatis superioris consuetudinem, deficiente loco speciali: quod si ea quoq; non appareat, ad vicini loci consuetudinem eundum est, & ab illo loco vicino mutuanda: secus autem, si scripto jure de eo casu (ut & hoc nostro) satis cautum sit; tum enim deficiente consuetudine istius loci, remanet casus sub dispositione juris communis, *idq́ tradunt Panorm. & cæteri Canonistæ in d. c. cum olim. ext. de consue. facit l. de quib. & ibi notat. ff. de legib. & quæ Bar. scribit ea de re in l. omnes populi. ff. de just. & jur. & in d. l. semper in stipulationib. ff. de reg. jur.* Idq; ex toto illo Francisci Bursati consilio quoque liquet; ut ita pro re subiecta sit intelligendum: nec alia mens est Boërii *d. decis. 263. n. 9.* ut ex allegatis patet. Procedit idemq; ita demum, si loci sint uniti accessorie, *Aym. Cravet. de antiquit. tempor. d. n. 55. & seqq* in quo casu hic quoque non versamur. Et quod eadem sit Castrens. *cons. 437. n. 2 lib. 2.* Menoch. *cons. 228. nu. 55 & 56.* & Aym. Cravet. *de antiquit. temp. part. 4. n. 53. & seqq.* sententia, ex inspectione ipsorum authorum manifestum fit: siquidem utrobique de eo casu agunt, quo lex in specie non extat, & locus habet superioritatem in illum locum, ad quem debet extendi, aut unio fit locorum facta, ut necesse non sit singula percurrere, & ea recensere, ut quæ omnia ad nostrum casum non pertinent.

163 Sed † etsi prætensa consuetudo probaretur, ea tamen secundum juris analogiam & æquitatis modum esset accipienda, ut quàm minimè à jure scripto recederet, cum, ut dictum est, consuetudo sit stricti juris, ut & statutum: & ideo ita accipienda, ut quàm minimum jus scriptum lædat, & ab ea discedat, *Bald. ad l. bonorum. C. qui admitt. ad bonorum possess. Anton. de Butr. ad c. dudum. extr. de decim. Castrens. ad l. si testamentum. C. de testament. Wesemb. cons. 11. nu. 46. vers. sed statum potius. Roland. à Valle cons. 32. n. 22. vol. 1.* quia correctio juris communis est vitanda, *Wesem. cons. 41. n. 156. per l. præcipimus. C. de appellat.* in quovis casu dubio interpretando vel decidendo, *Tib Decian. resp. 9. n. 83 resp. 61. n. 37. vol. 2 facit d. l. 1. §. Iulianus. ff. de itiner. actuq. priv.* Minus autem esset à jure communi discessura, minus illud corrigeret, si ea acciperetur tantum de his, quæ conjuges communem negotiationem exercentes, & communis familiæ alendæ causa contraxissent, *secundum ea, quæ Andr. Gail. d. obs 90. nu. 2. & Mynsi. d. obs. 29. cent. 1. observarunt, propter l. 1. l. cum te. & tot tit. C. ne uxor pro mar. d. auth. si qua mulier, C. ad S. C. Vellej ac late deducit. Anton. Gamma. decis. Lusit. 366. per tot.* Ideo que non foret indistinctè de quocunq; mariti debito, sed tātum de vere domestico & communem negotiationis societatem concernente interpretanda, ut & Senatus Lusitanus interpretatus est, referente Anton. de Gamma *d. decis. Lusit. 366. n. 6. & 7.* At tale hoc debitum, de quo nunc quæstio est, non esse, supra vidimus.

Octavum dubium penitus reprobatur, *per l. cum te ideo. in fi. C ne uxor pro mar.* ubi Imperatores Philoteræ, quæ † aliquam debiti partē pro filio 164 suo solverat, ita rescribunt: Cum te, inquiunt, ideo ex persona filii tui commemores conveniri, quod pro debitis eius aliquid intulisse videris, defensionibus tuis uti apud eum, cuius super ea re notio est, minime prohiberis, ut is ad solutionem alieni debiti urgeri te non patiatur. Etsi vero rescriptum de matre pro filio aliquam debiti partem solvente conceptum sit, idem tamen est in uxore & marito, ut & rubrica, sub qua positū reperitur, & identitas rationis postulat, quæ idē ius ibi esse vult, ubi eadem est ratio, per jura vulgata. Ideoq; Bal. *in d. l. cum te ideo.* generaliter colligit: Gratuita, Inquit, solutio partis non gravat in solutionem alterius partis. Quod etiam cōfirmatur responso Julii Pauli *in l. Lucius Titius. 8. §. testator. & ibi idem Bald. ff de leg. 2.* ubi testator legata ante quinquenniū vetuit peti præstariq; : Heres quædā sponte ante quinquenniū solvit: quæsitū est, an eius, quod ante diem existentē solutū est, repræsentationem in reliqua solutione legati reputare possit? non propterea minus relictū deberi (ut quidā rectius legi putant) quod aliquid ante diem sit solutū, respondet Paulus: quasi dicat, nō teneri propterea ante tēpus reliqua legata solvere, quia quædam ante tempus solvit, neq; etiam tempus cum tempore in reliquis cōpensare potest: cum renunciatio dilationis in parte una nō propterea inducat renunciationē quoq; in reliqua parte, secundum Bald. ibid. Sed & Bar. *in d. l. fin. C ne ux. pro mar.* Qui solvit, inquit, unum debitum pro alio, alia debita solvere non cogitur. Nam † ea, quæ voluntarie gerimus, non ex- 165 tenduntur ultrà, quàm gerimus, *l. tutori. C. de negot. gest.* cui etiam adstipulatur *gloss. in l. non dubium. verb. agnoverit. C. de testament. Salycet ad l. cum fidem. C. de non numer. pecun. Natta consil. 77. num. 6. & Iohan. Petr. Surd. consil. 212. num. 25. per l. cum de indebito. versic. sed si pro parte. ff. de probat.* Ideo absurdum esse dicit Cynus *in dicta l. final.* alterum ex alterius contractu conveniri, etiamsi pro eo aliquid sponte solvit. Et quod dicitur, voluntatem tacitam, quæ ex actu colligitur, non debere extendi ultra, quàm ex ipso actu inferatur de necessitate, *secundum Bartol. in lege prima, §. si quis hoc*

hoc interdicto. ff. de itiner. actuq; privat. & *in d. l. fin.* & *Joan. Petr. Surd. d. consil. 212. num. 22.* non tantum procedit in actibus inter vivos, cujusmodi est aliquid sponte pro alio solvere, *ut ex d. consil. Joan. Petr. Surd. 212. nu. 22.* & *seqq. Natta d. consil. 77. nu. 6.* & *consil. 446. nu. 19. per d. l. cum de indebito. versic. sed si pro parte.* & *d. l. fin. Paris. consil. 79. nu. 11. vol. 3. Cravett. consil. 292. nu. 1.* & *seq. Dec. consil. 452. col. ult. versic. quarto non obstat.* patet, sed etiam in ultimis voluntatibus, & circa ultimas voluntates, *ut gl. Bart. Bald.* & *reliqui Doctor. in d. l. non dubium. C de testam. ostendunt, per l. 4. C de jur.* & *fact. ignor.* & *ibid. Ant. de Padill. nu. 5. vers. item adde.* item adde, inquit, quod minus solennis voluntas approbata, non censetur simpliciter (ab herede scilicet ex ea legatum vel fideicommissum solvente, vel ratum habente) approbata, sed in eo solum, in quo approbatur nominatim, *per gloss. ordinar. in d. l. non dubium.* cujus opinioné, inquit, sequuntur ibi antiquiores, & esse communem, testatur Alex. *ibid. nu. 3. Jas. collat. 2. versic.* & *idem quoq; voluit gloss. in l. 2. verb. praestiterunt. C. de fideicommiss. item Bald. ibid.* & *Cynus per d. l. Lucius Titius. 88. §. testator. ff. de legat. 2.* Quod si ita est, argumentum petitum *ex d. l. 1.* & *l. 2. C. de fideicommiss.* & *d. auth. sed cum testator. versic. item si heres quadam. C. ad leg. Falcid. d. l. non dubium. C. de testam.* ab ultima voluntate ad contractus nullum est, nec quicquam prodest; tum quod prædicta jura de causa testamentaria loquentia æque restringenda sunt tantũ ad ea, quæ specialiter ab aliquo sunt approbata; & ab uno legato vel fideicommisso ad alterum non extendi, *Cyn. in d. auth.*
166 *sed cum testator. num. 9. C. ad leg. Falcid.* tum † etiam, quia etsi aliud (quod non est) circa testamenta, legata & fideicommissa esset constitutum, tamen cum id secus esse, *in d. l. fin. C. ne uxor pro marit.* reperiatur cautum circa solutiones, quæ sponte fiunt extra causam voluntatis ultimæ; argumentum ab ultima voluntate ad contractus cessaret, cum nunquam hoc argumentum procedat ad derogationem legis, vel canonis, aut ubi aliud expresse dispositum est in uno, quam in alio, *Eberhard à Middelb. in d. loc. legal. 36. a contractib. ad ult. volunt. num. 2. in fin. Wesemb. in d. tit. de lege Fus. can. toll.*

167 Deinde non † potuit videri agnovisse omnia mariti debita, cum ad hanc solutionem comitatui H. sponte non accesserit, sed per arresta & pignorationes rerum suarum coacta sit. Quo casu potuisset uti beneficio, *auth.* & *omnino. C. ne uxor pro marit.* Quod autem eo usa non est B. nullum jus quæsitum adjicit, neque immunitatem præbet, juxta regulam, res inter alios acta, &c. Quod si ergo præsumat, eam pro alieno debito, *contra d. auth. si qua mulier.* exigere, & pignorationes facere, poterit E. adversus eum in quadruplum experiri, & hoc efficere, ut propterea à tali actione, pro qua talia præsumpserit, cecidisse declaretur *juxta d. auth. sed omnino. ibi Bald.* & *reliqui Doctores, C. ne uxor pro marit.*

Ad nonum varie quoque responderi potest:
168 Primo † enim negatur, fiscale hoc debitum esse, cum non sit debitum Cameræ Imperialis, sed privatæ Reipub. seu castri: *argum. definitionis, de qua Anton. Peregrin. de jure fisc. lib. 1. tit. 1. num. 2. l. bona civitatis. 15. cum ibi annot. ff. de verbor. signific. l. usucapio 9. ibi Cujac. ff de usucap. l. 3. §. si in locis. ff. de jure fisc. l. vectigalia. 10. C. de vectigal.* & *commiss. l. 1. l. 2. C. vectigal. nov. inst. non poss.* neque sint indistincte fructus & reditus jurisdictionales, sed privati castri patrimonii, *d. l. vectigalia. 10. d. l. 15. 16.* & *17. de verbor. signific.* Secundo, † etsi quidem hoc castrum 169
jura fisci haberet, & secundum eundem Anton. Peregrin. debitum fiscale dici posset, tamen non propterea consequens esset, castrum habere etiam privilegium prælationis, quia nec tacitæ hypothecæ habere censetur, nisi hoc specialiter castro ab Imperatore per modum privilegii concessum, aut statuto olim cautum esse doceatur, idq; in usu atque observatione sit; quia castra & civitates regalia atque jura fiscalia habentes jus tacitæ hypothecæ non habent, & sic nec prælationis, nisi specialiter hoc eis quoq; concessum, aut per statutum in legis necessitatem reductum sit, *ut docet Bald. in l. dotis tuæ. versic. pone quod quis est debitor. C. de jure dot. quem sequitur Zas. in l. inter eos. ff. de re judic. nec non Hart. Hartm. ab Epping. lib. 2. tit. 27. de creditor. obser. 21. num. 1.* & *6. per l. 2. C. de jure Reip. lib. 11. facit d. l. bona civitatis.* & *l. seq. ver. civitatis. ff. de verb. signific.* Tertio, † quod *in l. satis notum. C.* 170
quib. caus. pig. tac. contrah. l. utilitas. C. de primip. lib. 12. constitutum est, generaliter non obtinet, sed tantum in causa primipilari, *ut ex illis constat textibus,* & *Hart. Hartm. ab Epping. d. tit. 27. de creditor. obser. 19. lib. 2.* Alioqui dotis causa fisco potior est, *d. l. dotis tuæ. C. de jure dot. Didac. Covarr. 1. variar. resolut. 16. num. 7. circa fin. Socin. Ripa. Jas.* & *alii ad l. 1. ff. solut. matrim. Joan. Schneid. ad § fuerat. num. 56. Instit. de action. Anton. Peregrin. de jure fisc. lib. 6. tit. de pignor.* & *hypoth. num. 24.* & *33. Hart. Hartm. ab Epping. d. obser. 19.* & *obser. 17. eod. tit. 27. de creditor. num. 12.* magisq; privilegiata, *argum. l. unic. C. de rei uxor. actio. juncta l. assiduis. C. qui pot. in pign. hab. Hartm. ab Epping d. obser. 17. num. 4. 9. 12.* adeo, ut in ambiguis non pro fisco, sed pro dote responderi debeat, *l. in ambiguis. ff. de regul. jur. d. l. 2. C. de jur. fisc.*

Etsi † quoque D. Antonini tempore verissi- 171
mum fuerit, fiscum & dotem pari passu (ut loquuntur) ambulasse, ut is potior esset, cujus causa alteram tempore prævenisset, *juxta d. l. 2. C de jure fisc.* & hactenus recte senserit Salicet. *in d. l. 2.* & post eum Anton. Peregrin. *d. tit. de pignor.* & *hypoth. num. 33. vers. quare putarim.* hodie tamen cum uxori in causa dotis datum sit, ut omnibus omnino creditoribus etiam expressam anteriorem hypotheeam habentibus præferatur, *d. l. assiduis. C. qui pot. in pign. hab. ibi Doctor. §. fuerat. ibi Mynsing. num. 12.* & *13.* & *in respons. 15. num. 16.* & *seqq.* & *13. observat. cent. 4.* neque ab illa universali affirmativa fiscus excipiatur, non bene illi sententiæ inhæretur: sed potius illi, quæ vult fisco mulierem præferri, sola primipilari causa excepta: quæ
qualis † sit, exponunt Coras. *lib. 1. miscell. cap. 4.* 172
Didac. Covarr. *d. lib. 1 variar. resolut. cap. 16. num. 7.* & Anton. Peregrin. *d. tit. de pignor.* & *hypoth. fisc. lib. 6. de jure fisc. num. 43.* At in ea hic non versamur, neq; versari possumus. Cessat igitur illatio, quæ *ex d. l. satis notum.* & *d. l. utilitas.* desumi vult: quæ ideo etiam hic cessare debet, quod E. causa dotalis tempore prior est, & castrum tempore longe præcedit: ut ex tenore instrumentorum notum fit: ut licet Salicet. *in d. l. 2.* & *Anton. Peregrin.*

quam à B. neque etiam ex conventione sua obligata appareat, ut rationem reddat, designationem extantium transmittere debeat. Neutrum enim promisit: sed ne quid detrimenti castrum sua culpa capiat, ut ex instrumento obligationis manifestum est.

108 Neque † dicat aliquis, diem obligationis conventioni insertam hic pro homine interpellare, *l magnam, Cod. de contrahen & commit. stipulat.* Diem enim insertam esse principali obligationi, ut singulis tremestribus debeat ratio reddi, ac universalis singulis annis: eamque diem principali obligationi insertam censeri omnino in secunda
109 repetitam, cum † relatum cum omnibus suis qualitatibus in referente esse intelligatur, *per authentic si quis in aliquo, ibi Bartolus, Baldus, Cod. de edend. cum simil'ibus supra allegatis.* Non enim dies illa inserta est pro uxore contrahentis, neque inseri potuit illius intuitu, cum officii illius gerendi in capax fuerit. Ideoque etsi quid abesset Castro, ob hanc diei tacitam interpellationem marito factam, ipsa tamen hoc nomine tanquam
110 ex proprio facto obligata non esset: cum † verissimum sit, damnum quod quisque sua culpa facit non quod aliena culpa accidit, hoc ipsummet sentire debere *per ea, quæ trad t Hippol. de Marsil. singu 350. numer. primo, & per l g cum proponas, 5. Codic. de naut fænor. l. qui offi. ij. §. ultim. ff. de contrahend. empt.* ut ideoque nec damnum culpa unius socii occurrens per alterum socium resarciendum sit, *secundum Francisc. Bursat. consi. 320. num. 74. in fin.*

Quę cum ita sint, facile apparet, E. nullius fraudis vel culpę reā esse, ut ex ea adversus ipsā B. intentio propter hunc contractum fundari possit.

Sed nec maritus eius I. T. S. fraudis, vel culpæ, reus est, quod primo inde colligitur, quia nullibi aliqua fraus, dolus, vel culpa in specie allegatur:
111 & † quamvis allegaretur, nec hoc tamen sufficeret, nisi & doceretur, ut supra probatum est, *ex Tib Decian. Resp. 29 numer. decimo quarto, & trigesimo quarto, volumin. primo, Aym. Cravett. consi. octavo, numer vigesimo, consi. 151. numer. undecimo, consi. 691 numer. undecimo, per leg si creditor, C. de pignorat. actio. Iohann. Petr Surd. consil. 39. numer nono, & consil. 60. numer. vigesimo octavo, Francisc. Vivio. decis. 279. numer. 1. libr. secundo, Cesar de Gras in Rota Rom. decis. 140. numer secundo, Menoch consi. 256. numer. septimo Corn. consi. 318. num. 2. volum. quarto, Francisc. Bursat. consi. 325. numer. 46. & 312. numer. 18. Ioseph. Mascard. de probat. volum. primo, conclus. 467. & conclus. 531. per l. exceptione, ubi gloss. & Bartol numer. 7. ff. de fidejuss Bald. in cap. . de feud sine culpa non amitt. in princ.* qui ait: culpam non pręsumi, nisi quis convincatur, sive sit culpa in omittendo, sive in faciendo.

112 Neque † etiam satis est, culpam vel fraudem quandam in genere doceri, sed necesse est, ut in specie ista, de qua quæstio est, specifice, seu limitate, clare & concludenter doceatur, *Hieronym. Marilian. decis. 84. num. 2 per l pretor, ff. de injur. Bened. Capra regu. 78. num. quinquagesimo secundo, & seqq Cesar. de Grass. d. decis Rota Rom. 140. numer. secundo, Ioseph. Mascard. d. conclus. 467. numer. secundo, 24. & 25. Corneus dict. consi. 318. numer. 2. vol. 4. Ioha. Petr. Surd. consi. 12. num. 19. & consi. 39. num. 12. Tib. Decian. resp. 7. num. 23. volum 4. Aym. Cravett. d. consil. 961. numer. 11. vers sed & certam limitatamq; culpam exprimendam & probandam, allegans Bartol. consi. 93. commune Lucignani, in 3 dubio, lib. 1. Alexand. consi 100. num. 4. vol. 1. & cons. 136. n. 3. li. 7. Dec. cons. 562. n. 11.* & † quidem talis, quod illa fuerit causa 113
finalis facti, de quo quęritur, sive agendo, sive excipiendo obiiciatur, ut egregie ꝓbat Tib. Decia. *d responsf. 7. num. 23. vol. 4. per notata in l pretor ait, in pr per illum tex. ff. de inju. & in c. ut circa, de elect. 6. & in arguendo dicit concludere Bart. d consi. 193 commune Lucignani, in 3. dubio libr. 1.* Quod itemque latius deducit, *Alex. ad l. si ut certo § nunc videndum. in fin. ff commod. & Castrens. in l. fin § si ea conditione. ff. ad l. Rhod. de jact.* qui ait, illum textum limitare omnes ll. dicentes quē teneri de casu, quando culpa pręcedit casum. Nam secundum eum sunt intelligēdæ, quando casus evenit propter culpam, qui alias minime evenisset: alias secus: & sic etiam Castrens. requirit, quod culpa sit causa finalis facti, de quo quæritur. Idem quoq; *ex Alexan. post Guilhelm Cun. & Bart. ques allegat consi 74. num. 6. versic. quarto confirmatur, volum 6.* probat Joh. Pet. Surd. *d. cons. 12 num. 20.* nempe quod allegans, aliquem teneri de casu propter culpam commissam, articulare & probare debet, quod ille contigit solū propter culpam, nec potuisset aliter contingere, nisi hæc ipsa culpa intervenisset. *Corn. d. consi. 108. num. 4. & seqq. volum 1. Paru. consi. 53. num. 68. volu. 4. Iohan. Petr. Surd. d. consi. 12 nu. 20 & 21. & ut Feli. ad c. cum inter priorem, num. 2. vers. limita tertio, verb. quod culpa non est. extr de except. ex Abbat. in c. quia diversitatem. extr. de concess. prabend. refert.* illa tantum imputantur culposo, quæ immediate veniunt à culpa, *c. unic. cum gloss extr. de custod. Eucharist.* non autem ea, quæ veniunt mediate, ne quis dupliciter puniatur. Et quod dixit Bartol. *in l. 2 §. fin. ff. si quis caut judic. sist.* quod culpa potest esse proficua, quando non fuit ordinata ad finem commodi. Ad † casum autem culpa ordinata non est, nisi 114
quando sine ea culpa non evenisset, *ut declarant Bart. in d l. si ut certo § interdum, ff. commod. Castrens. ad l fin. § si ea conditione. ff. ad l. Rhod. de jact. Felin. ad d. c. cum inter priorem, nu. 20. vers. limita tertio. Corn. d. consi. 108. n. 4. 5. 7. & seq. vol. 1 Ioh. Petr. Surd. d. consil. 12. num. 64.*

Nisi igitur hoc nostro casu doceatur culpa S. mariti factum esse, ut reditus, indicta, dacia, & eius generis alia à subditis & colonis non sint mature exacta, & propter omissam hanc exactionē culposam in hoc damnum reliqui incidisse castrum, quia hac occasione coloni sint facti non solvendo, aut debita morte debentium esse abolita, ne quidem pro marito uxor ex tenore intercessionis tenebitur: quia de ipso exigendi facto se pro marito non obligavit, ut ex tenore obligationis lit. B. consignatæ apparet.

Quod † si quis dicat, culpam, imo dolum esse, 115
non facere id, quod quis est facere obligatus, *l. dolus, ff. mand. l. si procuratorem, §. dolo, ff. eod. Corne consil. centesimo decimo sexto, in fin. volumin. secundo.* quod & de eo dicitur, qui non servat promissa, *leg. secunda, §. item quæritur, ff. de dol. mal. except.* & quod tali casu quis tenetur de casu, etiam si dolus, vel culpa illa, nō sit ad illum casum ordina-

ta, sed

ta, sed propter illam casus non acciderit, *per l 1 §. si rem depositam ff. depos. ibi Castr. nu. 3.* respondetur hoc ita, si non servat, & implet promissa, quatenus potest & debet: *ut Alex. cons. 50. n. 3 vol. 6 Cravet. cons. 6. num. 96. & cons. 75. num. 6. cons. 100. n. 9. & Ioh. Petr. Surd. cons. 12. num. 70 per d. l. 2. § itē quæritur, exponunt.* At quatenus quis non potest, vel non debet, culpa nō imputatur nō facienti. *Cravet. cons. 319. num. 15 cons. 362. nu. 3. Cæsar de Graff. d. decis. 140. nu. 3. per l. tutoru, ibi Castrens. nu. 1. & 2. C. de negot. gest. Ioh. Petr. Surd. d. cons. 150. nu. 97. d. consi. 345. n. 31. Corn. d. cons. 108. num. 4 5. 6. 7. & 8. volu. 1.* cum multis aliis supra allegatis.

Cum itaq; hoc nostro casu, quatenus potuerit & debuerit exegerit, quatenus non potuerit, nō exegerit, utiq; non exactum reliquum S. imputari non debet. Exegisse autem hunc S. quatenus
116 potuit & debuit, primo ex eo colligitur. † quod quilibet præsumitur bonus *c. dudum, c. fin. extr. de præsumpt. c. unic. vers. cum illam, quem indignum esse non novit, dignum debeat æstimare. Extr. de scrutin. in ordin. fac. l. quoties, §. qui dolo. ff. de probation. l. merito, ff. pro Socin. Francisc. Vivius d. decis. 279. numer. 3. Ioseph. Mascard. de probat. volum. 1. conclus. 222.* & diligens in eo, quod sibi commissum est, *c. nisi. extr. de præbend. c. ad audientiam, extr. de præsumpt. c. deputati, extr. de appellat. Aym. Cravett. consi. 77. num. 11. ubi citat Cyn. ad l. si quis decurio, C. de fals. & Abb. consi. 41. colum. 3. libr. 1. & post hos idem voluit Cæsar de Graff. decis. Rotæ Rom. 122. numer. 1. Iohan. Petr. Surd. consi. 245. num. 16. Francisc. Bursat. consi. 197. num. 14. Ioseph. Mascard. de probat. concl. 518. num. 3.* & fecisse id, quod quilibet paterfam. diligens fecisset, *Ioh. Petr. Sur. cons. 71. nu. 20.*

117 Secundo, † quod à lege quilibet officialis debitam diligentiam in officio suo administrando adhibuisse, idque diligenter & fideliter exercuisse, præsumitur, *iuxta text. in l. 1. vers. quod non arbitramur. C. de off. civil. iud. l. 1. in princ. C. de suscept. præpos. & arcar. libr. 10. Tib. Decian. resp. 2. num. 213. volu. 1. post Bald. in l. errorem, C. de testam. Francisc. Bursat. consi. 331 num. 9. Iul. clar. recept. senten. lib. 5. §. fin. q. 7. vers. habet igitur. Ioseph. Mascard. de probat. volumin. 3. concl. 1132. numer. 1. 2. & 46. Aym. Cravett. consil. 425. num. 58. & consil. 931. num. 7.* præsertim si iuratus administrator sit, *idem Cravet. consil 930. nu. 10. & seq. vers. iuramenti ratione negligentiam.*

118 Tertio † probatur ipsis rationibus: quibus hac in parte, etiam pro officiali, sicuti & pro tutore, credendum est. *per ea, quæ notat, Mascard. de probat. volum. 1. concl. 1137. & dict. l. unic. C. de sumpt. præpos. & arcar. lib 10. Bald. in l. iudices, C. de fide instrum. & in l. 1. C. de conven. fisc. deb. lib. 10. Barto. ad l fin. §. in cōputatione, circa fin. C. de iur. deliber. & in l. ex sententia, ff. de testam. tutel. Corneus cons. 81 numer. 9. volumin. 4.* Ubi tradit hoc etiam, quo ad magnas quanti-
119 tates & impensas ita se habere. Quarto, † urget idem principalis conventio inter B. A. & S. habita, quæ litera A. designata est. Nam cum ibi hæc reperiantur verba: darauff/was verfessen / streittig/ oder ongangbar/ zusampt allen retardaten vnnd außstendiger schulden/ soviel an jm/ wieder gangbar vnd richtig machen. Quæ verba hoc ostendunt, vehementerque probant, non omnia fuisse certa & indubitata debita, quæ exigere & cogere debuit. Ut ideo magna præsūptio sit, quod si non omnia, potior tamen pars istorum, quę facta rationum calculatione reliqua reperta, nec exacta esse constat, iam ante susceptum ab ipso officium quæstoris, incerta, dubia, & quæ exigi non potuerint, fuerunt, ducto argumento à præterito tempore ad præsens, de quo Eberh. *in loc. à tempore ad tempus n. 4. & Iacob. Meno. de præsumpt. lib. 1 quæst. 24 nu. 8. 9. & seq.* ut sic à culpa omni sit excusatus, *arg. eorum, quæ Cravett. in d. cons. 319. nu. 15. respondit,* præsertim si probabitur, quod conatus sit sæpius ea exigere, sed obtinere nihil potuerit, secundum ea, quæ respondet Francisc. Burs. *consi. 325. n. 46.* Quinto † hoc ipso illud probatum erit, 120
quod probatur in aliis sui officii negotiis diligēs fuisse, *gl. & Bald. in l. si præsidi. C. de donat. ante nupt. Matth de Afflict. decis. Neapol. 13. num. 18. vers. sexta cōiectura est, Cravett. consi 627. num. 7. Tib. Decian. resp. 47. num. 12. 13. & 14. volum. 4.*

Sexto † hoc etiam eo ipso probatum intelligitur, quod plures anni, & prope (ut in facti specie proponitur:) omnes fuerunt steriles & calamitosi, militumq; concursu vario, subditi extremam prope ad inopiam redacti, ut pensiones, canones, indicta, dacia, & eius generis alia onera sufferre & solvere non potuerint. Hæc enim sterilitas & improvisa calamitas summa ratione efficit, ut non fuerit, quæstor obligatus pensiones, canones & reliqua onera à subditis exigere, imo exigens audiri non debuit, ac proinde in culpa non est, neque de non exactis tenetur, ut in specie decisum fuit in Curia Regia Neapolitana inter illustrem Marchionissam Polignani, & Notarium Vincentium Campanilem, cui regium officium Regiæ Curiæ Ferra Molæ locaverat, attestante & egregie illud deducente Francisc. Vivio *decis. Neapol. 264 per tot. libr. 2.* Quam decisionem bene munitam in terminis habere plus est in foro & praxi, quàm per mille generalia iuris discurrere, *secundum Wesembec. consi. 19. numer. 65. & consi. 24. num. 13. Iason ad l. non est minus, in fin. Cod. de procurat.* propter maiorem securitatem, *Abb. Brun de statut. artic. 6.* Faciunt itemque pro hac decisione, quæ de sterilitate pensionem relaxante ac remittente congessit Ioseph. Mascard, *conclus. 1333. Hyppol. de Marsil. singu. 615. per l. habitatores, l. sed si lege. §. domus. ff. locat.* 121

Sed † & inanis ac nulla est actio, quam inopia debitoris excludit *l. nam is. 6. ff. de dol. mal. c. olim vobis, extr. de restitut. spol.* & qui non habet, quod reddat, eius periculo nihil est, inquit Ulpian *in leg. itaque fullo, 12. ff. de furt.* Quod sane periculum inanis actionis, non potest ad hunc quæstorem, veluti procuratorem & administratorē, pertinere, sed ad dominum suum actio ista redit *secundum Ulpian. in dict. leg. itaque fullo. 12.* Cur enim † imputabitur ei, quod facere non potuit? Qui fecit, q̄ debuit, & exitū negotii consequi felicem non valuit? Culpæ reus is non est, ne quidem levissimæ, *Tib. Decian. Respon. 19. numer. 16. & 18. volumin. primo, Cravett. dict. consi 319. nume. 15.* Sufficit enim, si utiliter, quantum potuit, gessit, etsi effectum negotium non habuit, *l. sed an ultro, 10 ff. de neg gest.* Septimo † quod diligens in exigendo fuerit satis etiam hinc constare docebitur, quod ut in facti specie refertur, coloni & subditi sæpissime supplices preces B. obtulerunt, 122 123 124

petentes ne ita rigide secum agatur, sed dilatio detur, quam etiam spe melioris fortunæ, à B. dicuntur quam sæpissime impetrasse. Sicut enim omnis privatio præsupponit habitum, *l. decem, ff. de verb. obligat. c. ad dissolvendum, extr. de dispensat. impub. Iohann. Hondede. cons. 72. num. 25. volum. 1. Aym. Cravett. cons. 976 num. 1. per l. manumissiones. ff. de iustit & iur. l. nec utilem, vers. neq; enim. ff. quibus ex caus. maj. in integr. l. Iulianus, ff. de divort. l. non potest videri desisse, ff. de regul. jur. Francisc. Rivius decis. 513. num. 2. per l. qui duo. 5. §. 1. ff. de manumiss. vindic.* & carentiæ sunt habentium, *Bald. in l. licet, 3 oppos. C. loca. Octa. Cacheran. decis. Pedemont. 95. num. 12. Iohan Petr. Sur. cons. 305. num. 64. fac. libr. 1. C per quas person acquir.* ita etiam illa supplicatio frequens subditorum, & subsecuta à B. dilatio, præsupponit quæstoris factum, quo extorquere debita conatus est *argumen. c. venerabilem. extr. de elect.* perinde uti petitio absolutionis præsupponit excommunicationem *Cravett. dict. consi. 976 num. 1 in fin per d. cap. venerabilem.*

125 Octavo † ab omni culpa quæstorem absolvit prædicta B. dilationum concessio, & inprimis si probatum fuerit, quod B. impedivit sæpissime exactiones fieri, easque differri iussit ac voluit, donec fortuna vini melior, & anni copiosiores affulgerent, ut in facti specie narratur. Culpa enim caret, qui mandato domini, vel magistratus sui in rebus eiusmodi nullam atrocitatem habentibus paret, *l. liberorum, §. excusantur ff. de his qui not. infam. l. liber homo, 37. ff. ad l. Aquil. leg. servus, ff. ad l. Iul. de vi public. l. non videtur, 167. §. qui jussu l. ad ea, quæ 157. ff. de regu jur. ubi Christoph Sturtius & Cagnol. ad l. Velle. per illum text. numer. 9. 10. & 11. ff. eod. Francisc. Bursat. cons. 312 num 18. & 19. Aym. Cravett. cons. 961. num. 13. & 14. Mynsing respon. 23. n. 27.* ut non incidat in præceptum alterius regulæ, quæ est *in l. non potest dolo. 199 ff. de reg. jur.* Ubi Javolenus: non potest, inquit, dolo carere, qui imperio magistratus non paruit. Ideoque nec in custodem carceris, aliumve ministrum superioris ulla cadit culpa, si id non egit, quod prohibitus erat facere, *ut per dict. leg. cum quidam, §. si pupillo ff. de usur. l non idcirco, C. de rescind. vendit. l. liberto, §. largius ff. de ann. legat. l. arbit. ff. de recept. arbitr. dict cap qui diversitatem extr de concess. prab. dict. cap. . § solet, & gloss. ibidem, in verb potuerit, de restit. spol in 6. multaq; allegata probat Aym. Cravett. dict. consi. 362. num. 2. & consi 353 num. 10.*

126 Quinimo † frustra planè culpa ab eo obiicitur, qui causam illi rei præbuit, in qua admissam culpam dicere intendit. *l. exceptione, 67. ff. de fidejuss. Aym. Cravett. consi 919. num. 10. per l. cum mulier 47. ff. sol. matrim. leg prima, §. si omnes, vers. vel ipsa eum illexerat. ff. de inspic. ventr. cust. part. & ibi gl. fin. & in l. 2. ff. quand. act. de pecul.* Cur officiosa hæc modestia & tolerantia officialis præiudicaret? Contra quam respondit *resp. 21. num. 78. volum. 1.* & cur B. improbaret rursum cum officiarii sui detrimento, quod ante voce sua approbavit? contra quam *in l generaliter, Cod de non num. pecun.* rescriptum est? Cur tandem culpam alteri imputaret, qui ipse ei culpæ causam præbuit? Quod iura non permittunt, per ea, quæ respondet Cravet. *cons. 525. nume. 4. vers. sed enim argumenta. consi. 353. n. 7. cons. 531. n. 7. cons. 924. num. 21.* Hinc est, ut conductor facto locatoris impeditus non teneatur ad præstandam pensionem, *Menoch. cons. 246. num. 1. & 2. per l. ex conducto ff. locat.* adeo, ut quamvis casum fortuitum in se recepisset, non tamen teneretur de eo, cui locator causam præbuisset, etiam iustissimo suo facto. *Menoch. consi. 55. numer. 14. secutus Paris. consi. 40. num. 6. vol. 1. adde Menoch. consi. 119. num. 1.*

Præterea, † & nono, nemo administrator de casu tenetur fortuito, nisi nominatim in se recepisset, *per l. 5. §. nunc videndum, ibi interpp. ff. commod. l. contractus. ibi gloss. & Dd. ff. de regul. jur. cum similib.* Impedimentum autem, quod magistratus, cui necesse habemus parere, obiicit, & prohibendo præbet, pro casu fortuito habetur, *Ernest. Cothma. consi. 32. num. 150 per l. Lucius, ff. de contr. empt. & vid. post Barto. ad l. exceptione, num. 4 ff. de fidejuss. & in l. per imprudentiam, ff. de evict. Bald. ad l. pignus, ff. de pig. act.* Administrator igitur, sive quæstor de eo, circa quod à superiore suo prohibitus est, non tenetur. 127

Nec deniq; officium suum † cuiquam propter factum alterius erit damnosum, *c. cum non deceat, d. elect. in 6. Andr. de Isern. singul. suo, 5. Martin. Uran. cons. 5. num. 31. vers. nec debet, volum. 1 per l. si servus cōmunis. ff. de furt.* cum factum cuiq; suum, non alii nocere debeat. *l. factum cuiq; 155 ff. de reg. iur. c. non debet aliquis, c. mora sua, de reg. jur. in 6.* neq; alteri per alterum iniqua conditio sit inferenda, *l. non debet alteri. ff. eod.* nec imputandum cuiquā quod sua culpa non est commissum. *l. sciendum, 18. ff. ex quib. caus. maj. in integ. rest. l. quidā, 25. § si quis, ff. ad S. C. Treb.* ideo quemadmodum pœna suos tenet autores, *l. sancimus, C. de pœn. l. crimē. ff. eo.* ita etiam factum superioris nō nocebit officiali, sed ipsimet impedienti. *per d. l. factum cuiq; suum, l. nec magistratib. 32. ff de injur.* At si ad huius quæstoris periculum pertinere deberent nomina, quæ propter impedimentum à B. A. obiectum, & prohibitionem non potuerunt exigi, alterius facto, officiū huic quæstori esset damnosum, imputareturque ei, quod sua culpa non admisisset, factoq; alieno gravaretur. 128

Quæ † cum ita sint manifesto liquet hanc viduam, ne quidem ex mariti persona conveniri posse, eo non existente obligato ex tali causa, cuius gratia pro marito intercessit, ac proinde B. intentionem adversus ipsam non esse fundatam. 129

Hoc secundo ex eo etiam consequens est, neque seipsam, neq; etiam se pro marito aliter, quā sub conditione obligavit, his verbis: vnd ob wir vber bessere zuversicht in demselben dienste / in eine oder mehr puncten deren darüber sagenden bestallunge vngemeß / vnd ehrnbesagter A. vnnd wegen derselben Herrn B. vnd B. zu schaden vnd nachtheil geriethent / vns erzeigen vnnd befinden lassen würden / alßdan sich sampt vnd sonders rc. Item dergestalt vnnd meinung zum fall durch mehr berührte Ehleut eins oder das ander verursachen / nachlessigkeit vnd verwahrlossung rc so sollen vnd wollen so wol wir nechstbenandte bürgen / als wir die hauptschuldener sampt vñ sonders vñ derē jedes allein / vñ in solidū / für den / oder dieselbe erlittene schaden / nachtheil vñ beschwerūg zu vollkommener deren erstattung rc. stehē / vñ auff solchē fall mit vnsern haab rc. kräfftiglich verbunden seyn rc.

Quæ

130 Quæ verba † conditionalem proponere ob-
ligationem adeo manifestum est, ut nihil possit
esse manifestius. Vox enim, ob wir / & vox, also-
dann/item/so sollen/quin respondeant voci, si, &
tunc, nemo, qui idioma nostrum aliqua ex parte
callet, negabit. Dubium quoq; nullum est, parti-
culam, si, apud Latinos conditionem significare,
idq; ex infinitis juris locis manifestum est, *puta
l.1.cum ibi not.ff.de verb.sign.l.itaq; ff de procurat.l.&
eleganter.§.si dolo.ff.de dol.mal.l.a testatore.ff.de cond.
& demonst.Dd.ad rubr.ff.de reb.cred.si cert.pet. Bartol.
Castr.& alii ad l.1.ff.de condit.& demonst.& ad l.3.ibi
Jas.& Bologn. ff. de legat.1. Wesemb.in §. longe magis.
n.1.& 3. Inst.de legat.l.quodcunq;.45.§.non solum ubi
Jas.n.1.& 2.ff.de verb.obl. Joh.Pet.Surd.cons.453.n.20.
Zas.cons.13.n.26.vol.1.varior.JCtor.* Dictionem au-
131 tem, † Tunc, & Sic, verba, alsdann/ restrictivam
habere naturam, & id, quod disponitur, limitare
ac revocare ad solum illum casum, præmissa con-
ditione comprehensum, & casum oppositum
excludere, decisum esse in sacro consilio Neapo-
litano, autor est Francisc. Vivius *decis.513 nu.4.&
19.& ita consuluit Cravett.cons.943.nu.8. idemq; do-
cuit Decius ad l.fin.n.2.C.de substit.& instit. idemq; re-
spondit Menoch. cons.326.nu.16.* ubi multas allegat
autoritates. Sic & illa verba, zum fall/vnd auff
solchen fall/ hoc est, in eum eventum, seu, non a-
liter, seu, in tali casu, nihil aliud intendunt, quàm
ut obligationem ad conditionem præmissam
revocent, *Aym.Cravet.cons.98.nu.6.7.8. Alciat.resp.
492.n.2 Decius in d.l ult.& cons.107.n.2.vers.modo
sic,si forma. verb.ut colligitur ex illo verbo, aliàs, &c.
Menoch.d cons.326.nu.16.& 17. Franc.Vivius d.decis.
513.n.4.18.& 19.* ut quæ restringunt quamcunq;
dispositionem, etiam favorabilem ad hæc ipsa, ad
quæ se referunt, *Aym.Cravet.d.cons.98.nu.14 per l.
penult.C de legat.* Præterea, illa verba, vns erzeigen
vnd befinden lassen werden/rc. so sollen vnd wol-
len/rc. verba sunt futuri temporis, & aliquid in
futurum eventum conferunt, ut aliquid sit, vel
non sit, ut aliquid factum sit, vel non sit. Atqui
hoc proprium est conditionis. *l.cedere diem.213.ff.
de verb.sig §.sub conditione Inst.de verb.obl l.conditio.
100. ibi Dd ff.eod. Joh.Schneid.ad d § sub conditione.
n.1.* Quinimo verba hæc relativa sunt alsdann/
so soll/verba futuri temporis adiecta, ideoq; cō-
ditionem faciunt, secundum ea, quæ Aym.Cra-
vet.respondit *cons 936.n.2.per l.si debitor. §.si verisi-
mile.l.si quis fundum.utroq; loco Bart.ff.de contr.empt.
cum simil:b.*

132 Conditionalis † autem promissionis hæc na-
tura est, ut antequam conditio existat, neq; obli-
gatio, neq; actio sit nata. *d.l.cedere diem ff.de verbor.
sign.* sed tantum spes est debitum iri, *§ ex conditio-
nali Inst.de verb.obl ubi Ioh.Fab. Mynf. Schneid. Borch.
& alii.l.conditionales.ibi Dd.ff.de verb.sig. Schneidevv.
in d.§.sub conditione.n.13.* & sic priusquam impleta
ostendatur, nihil ponit in esse, ut loquitur Rol.à
Valle *cons.58.n.9 cons.70.nu.67.vol.3.* eaq. defici-
ente, dispositioni locus esse nequit, *Aym.Cravett.
cons.935.n.1.* quia perinde est, ac si dispositum, aut
pactum nihil esset, ut idem Cravetta late pro-
bat *cons.678.n.4.cons.867.nu.11.cons.663.nu.14.&
Rol à Valle d.cons.58.n.19.d.cons.59.nu.9.vol.3 per c.
fin.de sponsal.6.* Itaq; nisi B.A. doceat cōditionem
prædictæ conventionis, litera B. consignatæ, ex-
titisse, nempe quod uterq; vel alteruter coniu-
gum sua socordia sive negligentia effecerunt, ut
aliquod damnum Castrum, vel vice eius D.B.
passus sit, daß sie der Bestallung in einem oder
andern/vngemeß/ vnd ehern besagter B.A. (u-
trumq; enim copulative requiritur. der Bestal- 133
lung vngemeß / vnd der besagter B.A.rc. ita ut
alterutrum factum esse ad complementum cō-
ditionis non sufficiat, *l.si à reo.ff.de fidejuss.l.si is qui.
13.§.1.& 2.ff.de reb.dub.l 5.ff.de cond.instit.§ pen.ibi
Dd ff de hered.instit.l.si servus.9.§.1.ff.si quis caut jud.
sist.caus.fact.Bal.in c.fin.in fin.de duob.fratr à capit.in-
vest.Ias.ad l.1.nu 2 ff.de just.& jur. ubi multa adducit
exempla. Eberh.à Middelb.in loco legali, à natura copu-
læ.n.12.Rol.a Valle cons.59 n.14.vol.3.Tib.Decian.resp.
42.nu.23.vol.1.* & ut Paris. *cons 92.nu.14.vol.1.* ait,
quia de natura copulæ (ET, vnd/) est, ut con-
ventio vel dispositio ita facta verificari debeat in
omnibus copulatis. *per gl.& Dd in l.si quis stipula-
tus fuerit decem.ff de verb.obl. Felin in c.ex parte.extr.
de rescript.Menoch.cons.56.n.35.vers.& copula æqualì-
ter copulat.* ut idem sit de uno, quod est de altero
ex copulatis, *per l.si mihi & Titio ff.de verb obl.l.reos.
§.cum in tabulis.ff.de duob.reis Corneus cons.233.nu.1.
vol.1.* nec ulla ratio patitur, ut copulativa resolva-
tur in alternativam. *Bar.& Ias in d.l.1.n.2.ff.de just.
& jur.Dd.in l falsa.§ ult.ff.de cond.& demonstr. Andr.
Tiraquell.ad l.si unquam.verb susceperit.num.260.C.
de revoc.donat. Menoch.cons.3.num 24.*) vnd wegen
derselben Herrn B.A. vnd A.B. zu Schaden
vnd nachtheil gereiche / vns erzaigen / rc. Item/
zum fall durch mehrberührter Eheleute/ eins oder
deß andern verursachen / nachlässigkeit vnd ver-
wahrlosung/rc. Nisi, inquam, hoc evenisse, & cō-
ventionem conditionis extitisse, clare doceat,
absq; actione expetietur, quia promittentes nō
ostenderit obligatos. Nam † qui se in obligatio- 134
ne conditionali fundat, conditionem in specifica
forma extitisse, seu impletam esse docere neces-
se habet, *per l.ex his. C quando dies leg.ced. l.eum qui
novissimus ff ad S.C.Trebell Bal.in l.si quidem.n.5 C.de
ex ept.& in l.cum ex testamento in fi. C.de test.am. mil.
Dec.cons.107 n 2.vers & ideo ista conditio debuit prius
purificari & liquidari.& cons 401.n 1.& ideo ista con-
ditio debet liquidare. Alciat de præsumpt.reg.3.præs.3. n.
2.Rol.a Valle d.cons.58.n.20.vol.3. per l.ita stipulatus.
§.quod si ab initio.ff.de verb.oblig.* idq; in specie dati
damni respondet Cravetta *cons.723 n.3.*

Tertio, † contractus, à quo lex removet po- 135
tentiam, vel quem prohibet, ipso jure nullus est,
*l.à Divo.58.in fin.ff de rit.nupt.l.non dubium.C.de le-
gib. Bald in l.1. C.plus valere quod ag.&c.& in §.ad
hac.col.2.de pace juram.firm.l.libertum minorem.ff de
jure patr.c.1.de reb.eccl.non alien in 6 l.2.in princ l 3.
l 4.C.de præd.min.l.nemo potest.55. ubi Bologn.& Ias.
ff.de legat.1. Franc.Vivius d decis.369 n 19. Franc.Mi-
lanens.decis Reg.Sicil.2.num.153.& seqq.& decis.16.
nu.23.lib 2.per l.cum lex ff.de fidejuss.* cum nullum &
inutile idem sit, & imagine rei careat, *Flamin.Pa-
ris q.46.n.25.29 & 31.de confiden.benefic.* Ac † ideo 136
illud, quod ipso jure nullum est, nullū effectum
producere possit, *Rol.à Valle cons 76.n.21.vol 2.Me-
noch.cons 350.nu.14.* neq; executionem mereatur,
*Camill. Borellus consil. 38.nu.22. Francisc. Milanens.
dicta decisione 2.numer.154.* ubi subdit, hanc nul-
litatis exceptionem esse intentionis & facti,

quam etiam judex parte non opponente admittere potest, & repellere agentem, *per ea quæ ponit Bartol. & Alexand. num. 7. in fin. l. ubi pactum. C. de transact. Ias post alios in l. qui se debere. ff. de condict. caus. dat. caus. non sec. ut.* ubi Jason declarat, quæ dicatur exceptio intentionis & facti, nempe quæ negat actori competere vel competiisse actionem, de qua re plura Francisc. Milaneus *d. decis. 2. n. 155. 156. & 157.*

137 Clarissimi autem juris est, uxore † pro marito intercedente, aut unà in eodem instrumento per eundem contractum se obligante, præsertim quando totum hoc negotium, quod tractatur, ad maritum, ut hoc casu spectat, legem ab actu potentiam removere, idq; fieri prohibere; & si contra fiat, nolle eam obligari, nisi manifesto ostendatur, creditum in rem uxoris versum esse, *Novell. 134. ut nulli jud. lic. hab. loc. secur. c. 8. ubi Iustinian.* Et illud vere, inquit, prævidimus pro subiectorum utilitate corrigere, ut si qua mulier crediti instrumento consentiat, proprio viro aut scribat, & propriam substantiam, aut seipsam obligatam faciat; jubemus nullatenus huiusmodi valere aut tenere, sive semel, sive multoties huiusmodi aliquid pro eadem re fiat, sive privatum, sive publicum sit debitum, sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifestò probetur, quia pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint. Et ex hac Novell. desumpta est *auth. si qua mulier. C. ad S.C. Vellej.* eamq; decisionem *gl. Bart. Bald. Castr. Cyn. Salyc.* & alii omnes sequuntur, eamque dicunt non tantum habere locum, si pecunia credita sit, sed in omni alio cōtractu, quem cum marito, vel pro eo celebrat, *secundum Odofred. quem ibi sequuntur gl. Bald. in pr. vers. sed Odofred. exponit. Bart. nu. 1. vers. quæro, dicitur hic, creditur instrumento. Castrens. n. 2. vers. quidam vero dicunt. & vers. in text. ibi crediti. & Cyn. ibid. vers. & intelligit. Iacob. de Arena. Bologn. cons. 45. per tot. Andr. Gail. pract. obs. 89. n. 1. & seq. lib. 2.* Cuius rei ratiōnē hanc esse, ibidem Bald. indicat, quod crediti nomen, ut & pecuniæ, generale est, & eadem ratio etiam in aliis creditis, quantum ad intentionem *d. auth. si qua mulier.* Ut ubi eadem ratio sit, idem jus esse oporteat, *Job. Vincent. Honded. cons. 45. n. 21. vol. 1.* qui *n. 16. & seqq.* de hac Justiniani nova constitutione differens: Quoniam, inquit, de jure communi mulier consentiens obligationi viri, vel cū eo se & sua obligans, olim juvabatur SCto Velleiano, cui mulier renunciare poterat, & eius beneficio privabatur, quando monita renunciabat. *l. fin. §. fin. ubi gl. ff. ad SC. Vell. gl. in l. sciendum ff. de verb. oblig. ubi Alex. n. 29. & Ias. n. 30. vers. tertio nota, &c.* hodie vero ipso jure conservatur illæsa, & obligatio eius nulla redditur, *ut probat text. in dict. auth. si qua mulier. Socin. sen. cons. 15. n. 21. lib. 1. Bolog. cons. 45. n. 4. & seq. Ang. Aretin. in §. est & aliud genus. n. 3. Inst. de donat. & in §. item si. nu. 37. vers. & prædicta*

138 *sunt limitanda. Inst. de except.* ubi dicit, † auth *si qua mulier*, locum habere, etsi multoties mulier ratificaret, & etiam post decem annos. Sic & Ant. Tessaur. *decis. Pedemont. 223. n. 1.* Uxor, inquit, pro marito intercedere non potest, & si id faciat, talis obligatio est ipso jure nulla, *auth. si qua mulier. C. ad Vellej.* neque requirit, inquit, beneficium exceptionis, prout in Vellejano. Resistit enim hoc casu non solum S.C. Vellejanum, & eius ratio, fragilitas scil. muliebris, sed etiam dispositio illius auth. & est ratio eadem, quæ impedit donationem inter virum & uxorem. Quam etiam rationem sequitur Andr. Tiraq. *in tract. de legib. connub. l. 1. part. 1. nu. 25.* idemq; nuper approbat late Valent. Franc. *de fidejuss. c. 2. n. 194.* idq; non solum ita se habet, si aperto & expresse pro marito intercedat, sed etiam, quando maritus & uxor simul se obligantes ambo se constituunt (uti hoc nostro casu) principales debitores, *Alberic. in d. auth. si qua mulier. n. 2. & Bald. col. 2. n. 13. quæritur ulterius, pone. Ibid. Iacobin. de Belviso. & Salic. nu. 8. Aretin. in d. § item si. nu. 39 vers. quid si vir. Iohan. Vincent. Honded. d. cons. 45. n. 19. Ant. Tessaur. d. decis. Pedemon. 123. n. 2. vers. amplia primo. Ioan. Zanger. de except. part. 3. c. 9. n. 38. Val. Franc. de fidejuss. cap. 2. n. 152. Castrens. cons. 8. n. 1. vol. 2.* Imo etiam si mulier principaliter se obligaret, & maritus fidejuberet, idem dicendum esset: quia præsumeretur, mulierem pro viro intercedere quæsito colore, *secundum Bal. in d. auth. si qua mulier. n. 9. vers. quæro contra, & c. Ioh. Vincent. Honded. d. cons. 45. num. 20.* Et ita non tantum Curia Pedemontana, referente Ant. Tessauro *d. decis. 223.* sed etiam Imperialis Camera judicavit, *autore Dn. Andr. Gail. d. obs. pract. 89. n. 1. lib. 2.* Quod si ita est, ut est verissimum, hæc quoq; obligatio est ipso jure nulla, ut quamvis conditio eius extitisse probaretur, vel liquidò constaret, culpa mariti, vel utriusque coniugis quid damni Castrum passum esse, ex hac tamen conventione Castro non competeret actio.

Quartò, † hæc non parum confirmabuntur 139 argumentorum, quæ in diversam partem urgeri possunt, refutatione. Quo argumenti genere Menoch. Rol. à Valle, Tib. Decian. & alii Jurisconsulti non rarò utuntur.

Non enim obstat, quod primo † obiici posse 140 supra ostendebamus, humanæ fidei nihil convenire magis, quàm ut pacta, quæ vim legis habent inter paciscentes, perinde, ut ipsæ leges, serventur, non solum à viris, sed etiam à fœminis, cum conventiones & contractus ut plurimum iuris sint gentium, quod inter sexum fœmininum & masculinum non distinguit. Hoc quidem regulariter ita est, & procedit, ubi lex vel constitutio obligationi non resistit, nec potentiam ab actu removet, *juxta d. l. generaliter. C. de non num. pecun. l. 3. ff. de neg. gest.* nec etiam inter marem & fœminam distingui, *juxta d. l. 1. ff. de verb. signif. l. pronunciatio. ff. eod. cum ibi annotatis. Hubert. Zuchard. ad l. fi. C. de edict. D. Hadr. toll.* Ubi verò lex vel constitutio obligationi resistit, vel etiam prohibet, & potentiam ab actu removet, *l. à Divo. 58 ff. de rit. nupt. l. non dubium. C. de legib. Bal. in l. 1. C. plus valere quod agit. l. nemo potest. 55. ubi Dd. ff. de legat. 1. Franc. Virius d. decis. 369. nu. 18. lib. 3.* aut apertè inter marem ac fœminam statuit differentiam, *secundum Hubert. Zuchard. ad d. l. fin. n. 64. Paul. de Cast. cons. 123. viso testamento Michaëlis n. 3. vol. 1. Valent. Forster. de success. lib. 3. c. 18. n. 8. Rolan. à Valle cons. 76. n. 1. & seqq. vol. 3. Dec. ad l. fœmina. & ibi Dd. ff. de reg. jur.* prædicta regula fallit; nec idem in fœmina quod in mare statui potest; sed eiusmodi obligatio contra leges vel constitutionis dispositionem inita, est ipso iure nulla, nec parit aliquē effectum, neq; actionem

nem exceptionemve producit, *per d.l.non dubium. C.de legib.d.l.nemo 55.de legat.1.d.l à divo.58. Franc. Vivius d.decis.369.n.19. Fiam.Parif.d.quest.46.n.25. & seqq.de confid.benefic. Franc Milan.d.decis.2.nu.153. & seqq.* Et prætor ipse in edicto suo de pactis servandis excepit ea, quæ adversus leges, plebiscita, senatuscõsulta, & edicta principum facta essent; quæ ait, se non servaturum esse, *l.7. § ait prætor. ff. de pact.* Ideoq; Gaius, contra juris, inquit, regulas pacta conventa rata non habentur, idque exemplo pupilli declarat *in l.contra juris 28 ff eod.* Cui

141 etiam † adstipulatur definitio obligationis à Justiniano tradita *in §.1. Instit.de oblig.* quando dicit, obligationem esse juris vinculum, quo adstringimur necessitate alicuius rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura; quasi dicat, non indistincte nos adstringi, sed secundum nostræ civitatis iura; ut si ea non adsistant obligationi, aut nolint aliquid ex ea solvi, iuris vinculum censeri non debeat tale, quo necessitate solvendæ rei adstringamur. Huic autem obligationi, de qua nobis quæstio est, cõstitutio Justiniani *in d.Nov.134. c.8. & d.auth.si qua mulier.C.ad S.C.Vellej.* non minus quàm S.C. Velleianum resistit, *l.1.ff.ad S.C. Vellej l 1. vers quod nec si sponte. C.ne ux pro mar.* ubi Dd.& potentiam ab actu removet, prohibetque obligationem ratam esse, si pro marito, vel unà cum marito se obliget, ut supra probatum est, *ex Bar.Bald.Cyn.Castr.Saly..Belvis.ad d.auth.si qua mulier. & l.h.Vincent.Honded.cons.45.n.16.17.18.22 & 23.vol 1.* ubi ex Bologn. *in d.cons 45.n.4.in fin Paul. de Cast.cons 41.n.2.lib.1.* & modo allegatis interpretibus asseverat, mulierem tali casu ipso iure

142 tutã esse, quia non esse obligatam. Deinde † obligationis conditionem nõ extitisse, supra quoq; probatum fuit, ut ita non possit ex hac promissione conditionali videri adstricta, nisi conditio liquidetur, & extitisse doceatur. *per d.l.ex his.C. quando dies leg ut ced. l.eum qui noviss.ff.ad S C. Trebell Ioseph.Mascard de probat.vol.1.concl.343.nu.4.& 5.* Non etiam dare, sed facere promisit, ne facto

143 suo aliquid damni detur Castro. Promissio † autem facti in id quod interest, aut pœnæ nomine promissum, non prius censetur commissa, ut ex ea agi possit, quàm si contra factum sit, quàm fieri oportuit, *l.si pœnam 68.l.stipulationes nõ dividuntur.72.vers.Celsus l.quotiens 81 l existimo 98 § fin.l. si stipulatus fuero 111.l.si quis stipulatus 112.§.1 l.si insulam.84.l.si fundum.114.ff de verb.obl.l.seq §.1.vers. non statim cõmittitur. §.itẽ si quis ita. vers.non ante cõmitti stipulationẽ quàm desisset. vers & tamdiu ex stipulatione nõ posse agi, quamdiu per promissorẽ nõ stetit, quo minus hominẽ daret. l quidã cũ filium.132.vers.an stipulatio cõmittatur. junct. vers igitur si contra cõventionem factũ sit, cõmittetur stipulatio. ff. de verb.obl.l si quis ab alio.13.§.1. ubi Bar Ias.Castr.Duar.ff de re jud. §.fi.Inst de verb.oblig.ibi Mynsi.n 3 vers.quare & Wesenb.vers.eo aũt in factu* idq; doceatur, quia facta nõ præsumũtur, sed probãda sunt, *d.l.in bello. § facta. ff.de captiv. & postlim.revers.c.cũ Ioannes.vers.respõsionẽ istã ext.de fid.instrum* quia incerta sunt, *l.Arethusa.ff.de stat.hom l.triticũ.ff.de verb obl.* & nõ facta latẽt, ut facta patẽt. *c.cũ in cunctis c.quãto ext.de trãslat.Rebuff.in repet.l.unic.n 141.vers minus obstat. C.de sent.que pro eo quod interest. Ioseph.Mascard de probat. part.2.concl.732.* qui n.3. hoc usq; eò etiam extendit & amplificat, ut nedum in facto, sed etiam in iis, quę ex ipso facto oriuntur, procedat; quia nec illa præsumuntur, sed probanda sunt, ut ste Francisco Balbo *in tract.de præscript.part.3.prin.in fi.* Idq; inprimis hoc nostro casu ita erit, quando versamur circa tale factum, quod fieri non oportuit:

quia † quilibet præsumitur hoc potius fecisse, 144
quod iure faciendum erat, & nõ illud, quod iure facere non debebat, *Mascar d vol 1.concl.734.* ut evitetur præsumptio delicti, *juxta l.merito. & ibi Dd ff.pro soc.Alciat.de præsumpt.reg.3 præs 1 n 1. Natt. cons.549.n.11.& cons.407.n 20.Ias.in l.qui jurasse §. 1.n 8 ff de jurejur. Ant.Trigon sing.70. Ioseph.Mascar. de probat.vol.1.conclus.495.* At uxor S.nihil contra conventionem fecit, nec tale factum doceri potest. *ut supra ostensum est per l.2.ff de reg.jur.cum simil.* cum eiusmodi factum administrationis iurisdictionis & magistratus, quem ipsa non gessit, neq; iure gerere potuit, ac sic nec administrare. Ubi similiter evidentes rationes allatæ sunt, cur nec maritus possit videri quidquam contra conventionem fecisse vel omisisse. 1. ut qui in aliis satis diligẽs, & ideo in hac administrationis parte eandem diligentiam adhibuisse præsumatur. 2. ut qui ab ipso B.A.impeditus. 3. nec non annorum, bellorum, tumultuumq; calamitate. 4. ac spe sibi de meliore colonorum fortuna facta, &c. Ex quo hoc cõsequẽs esse iudicatur, ut quãvis hæc uxoris pro viro intercessio iure subsisteret, ea tamen hoc nostro casu, neq; ex sua, neq; ex mariti conventione obligata esset, ac proinde actionẽ in eam non cõpetere, sine qua nemo expetiri potest, *l.6.§ fin.ff de neg.gest.* quia stipulatio hæc facti præstandi commissa non sit, neq; etiam commissa doceatur, ut quæ in persona E.quoq; committi non potuit, *per d l.2.ff de reg jur.* Quæ cũ

ita sint, tanto † minus potest illud, quod Jo.Petr. 145
Surd. *d cons 367 n.8.* respõdit, nobis obstare; tum quod præsupponit contractũ, ex quo iam cõstat, eam aliquid debere, tũ quod propriũ ipsius mulieris requirit negotiũ. & ut res suas proprias tractet mulier, ut satis indicãt illa verba: *nõ tamẽ prohibetur propria gerere negotia, & res suas tractare bona fide, & fraude semota.* Atqui hic nondũ constat, cõditionem conventionis extitisse, ut obligata esse possit; ac clare apparet, eam non propriũ hic gessisse negotiũ, neq; rem suã tractasse, sed rẽ & negotium mariti, idq; inprimis cõstat ex principali contractu, qui sub litera A. proposi us supra est. Deinde etsi *d.n.8.& 9* hoc ita generaliter Jo.Per. Surdus asserat, fatetur tamẽ paulo post *n 12. vers. minus repugnat.& n.13.vers secundo respondetur. per d. auth.si qua mulier.* coactus, legẽ resistere illi obligationi, quã cum marito & pro marito cõtrahit, ex causa omnino volũtaria, nisi specialiter *d auth. si qua mulier.* iureiurando renunciaverit, aut causa omnino fuerit necessaria. Ideoq; non absolute, sed certo modo id, quod Surd. *in d cons.367.nu.8. & seq.* respondit, accipiendũ est: ut & illud, quod *in d.decis.Mantuana 75.n.14.& seqq.* tradit, habili-

tatem † personæ in quocunq; contractu præsu- 146
mi, & qui velit dicere contrariũ, hoc docere debere: quod sane ita est, nisi ex ipsa re vel ipso aspectu sexusve notorietate habilitatis defectus manifestus sit, ut si ex aspectu appareat iudici, cum quo contractum est, vix esse posse decem vel

vel duodecim annorum, *Ioseph. Mascar. concl. 666. num. 17. & conclus. 667.* Hic autem ex ipso aspectu liquidum est fœminam esse, quæ pro marito intercessit, seque cum marito obligavit, reclamante & improbante obligationem lege *in d. auth. si qua mulier.* Ac denique totum hoc responsum 367 Joh. Petri Surdi extra nostros terminos cōstitutum est, quia totum agit de eo casu, utrumne uxor pro marito fidejubens vel intercedens cum effectu obligetur, si jurejurando beneficio *d. auth. si qua mulier.* renunciavit, aut maritus sit incarcerandus vel incarceratus, ac pro eius liberatione, & sic ex causa quadam necessaria, & præcipuè pietatis seu reverentiæ debitæ intercedat: quod merito affirmat. Hi enim casus à regula *d. auth. si qua mulier. & d. Nov.* 134. *c.* 8. sunt excepti, ut apud Dd. ibidem videre est, lateq; ostendit idem Joh. Petr. Surd. *nu.* 13. 14. *& seqq.* Standum autem
147 est † regulæ, ubi casus exceptus non docetur, *Bar. & Ias. nu. 33. ad l. 2. ff. si quis in jus voc. non ier. Decius ad d. l. 1. n. 6. post glos. magn. ff. de reg. jur. Hieronym. Duar. Franc. ad rubr. ff. eod. Mynf. cons. 14. n. 18. & seqq. We-*
148 *semb. cons. 7. n. 7.* His † etiam tollitur illud dubiū, quod verba promittentis sunt prægnantia & sępius geminata, cum non sufficiat adesse enixam voluntatem, nisi etiam potentia adsit, & justitia, seu legis adsistentia. Siquidem in omni actu humano, ut valeat, & effectum pariat, hæc concurrere oportet: potentiam, voluntatem & justitiā; ut si eorum vel unum deficiat, actus sit invalidus & nullus. *gl. & Bal. ad l. si filia. C. de donat. ante nupt. gl. & Panorm. ad c. cum super Abbatia. extr. de offic. deleg. Menoch. cons. 75. n. 34. cons. 108. nu. 4. cons. 157. n. 1. Marc. de Mantua. sing. 251. Tib. Decian. resp. 40. nu. 11. volum. 3. Ias. in l. 7. §. hodie. n. 8. vers. quarto limita. ff. de pact. Cagnol. ad l. aliud est vendere. §. 1. n. 9. ff. de reg. jur. facit d. l. non dubium. C. de legib. d. l. nemo. 55. ff. de leg. 1. l. ex imperfecto. C. de testam. c. non est obligatorium. ubi Dd. de reg. jur. in 6. l. obligationes quæ. 27. ff. de oblig. & act. d. l. 7. §. ait prætor. d. l. contra juris ff. de pact.* Potentiam & justitiam, seu juris adsistentiam hic deficere *propter d. Nov. 34. cap. 8. & d. auth. si qua mulier.* jam sæpe probatum est. Sola igitur voluntas, licet millies geminata sit, & quam maximè enixa probetur, hoc nostro casu non sufficit.

149 Ad † secundum objectionum genus, quod proprium promisit factum, ideoq; cum effectu obligata sit, respondetur similiter, hoc ita esse, nisi revera factum mariti promiserit, & in sese receperit: tali enim casu revera pro marito intercessit, locum habet exceptio nullitatis, *juxta d. authent. si qua mulier.* & sic extra terminos huius axiomatis versamur, nec sumus in casu, quo mulier redigitur ad terminos juris cōmunis. Quinimo in casu à jure expresso hic versamur, quo jus fœminam obligatione eximit, nec obligari vult *d. authen. si qua mulier.* ut ideo nec *d. l. fin. C. de jur. & fact. ignor.* huc quadrare possit: neque, ut ante demonstratum est sæpe, ad E. officium pertinere potuit, hæc tributa, dacia & reditus à subditis exigere, *propter d. l. 2. cum ibi annotatis. ff. de reg. jur.*

Ad tertium respondetur, primum & principalem contractum, de quo sub litera A. liquidissime probare, non uxorem, sed maritum eius ad hoc officium præ cæteris promotum esse: deinde ipsā se non ingessit, neq; potuit, *juxta d. l. 2. de reg. jur. cum similib.* neq; ulla eius negligentia circa hoc officium cōmissa docere potest. Sunt itemque † verba accipienda pro natura, qualitate & 150
conditione rei subiectæ, *l. interdum. 78. l. potestatis. 215. l. pueri. 204. l. pecuniæ. 222. & l. pecuniæ. 127. ff. de verb. signif. cum ibi not. l. cum pater dotem. ff. de pact. dotal. Ioh. Pet. Surd. cons. 3. n. 21. Tib. Decian. resp. 68. n. 15. vol. 2.* ac personarum contrahentium, *c. si de beneficio. de præbend. in 6. l. plenum. §. equitii. ff. de usu & habit. Roland. à Valle cons. 76. n. 11. cons. 82. n. 17. vol. 3.* utroque loco in specie Rolandus hoc ad fœminarum contractum, quem cum maritibus peragunt, accommodat. Quod si naturam, qualitatē & conditionem principalis negotii & utriusque personæ promittentis attendamus, apparet, non posse hæc verba, vns zu dero Rentdienften/ etc. æque proprie & bene in fœminam, uti in marē cadere: imo totum negotium mariti esse: ideoq; fœminam non aliter, quàm consequenter, & quidem per modum intercessionis continere possunt. Cum † itaq; *d. auth. si qua mulier. & d. No-* 151
vell. 134. c. 8. omnem mulieris pro marito suo intercessionem, etiam eam, quæ publicam administrationem concernit, infirmet, ac ratam esse nolit, ut patet ex verbis: *Sive privatum, sive publicū sit debitum. in d. auth. si qua mulier & d. c. 8.* ne quidē propterea ex facto mariti obligata erit, quia administratores publicos de negligentia sua teneri, non tantum pro his, quæ gessit, sed etiam pro his, quæ gerenda suscepit. Favor enim Reip. hoc mulieris privilegium *in d. auth. si qua mulier.* non vincit, sed vincitur: unde Bal. *in d. auth. si qua mulier. col. 1. vers. item hæc authen. loquitur in contractibus viri, &c. verb. nota etiam.* nota, inquit, etiam, quod propter publicum debitum non receditur à beneficio mulierum: & nota hic casum, in quo mulier præfertur Reipub.

Quæ quarto loco allegantur, huc non rectè trahuntur, cum principaliter B. cum E. non, sed cum marito eius contraxerit, & nō ignoraverit, eam pro marito suo hoc modo intercedere: ut ideo potius contra B. A. retorqueri possint, *per tex. in l. si adversarius. 10. vers. enimvero. C. ad S. C. Vellejan. l. Seja. §. fundum. l. quamvis. §. si cum essem. ff. ad S. C. Vellejan.* Deinde etsi hoc ita fuit, antequā Justinianus generaliter & simpliciter prohiberet intercessionem fœminarū, & obligationes unà cum maritis factas, *in d. Novell. 134. c. 8. & d. auth. si qua mulier.* hodie tamen longe plenius, & omni tali casu uxori consultum est, modò nullius doli vel fraudis rea arguatur. At hic fraudis dolive argui non potest. Quinimo † cum constet, hanc S. 152
uxorem locupletem fuisse, multaq; bona sub imperio & jurisdictione B. A. passim habuisse. S. autem eius maritum sub ea jurisdictione nulla immobilia propria possedisse, ut qui ex alia regione oriundus erat, inde vehemens præsumptio oritur adversus D. B. & maritum ipsum, inductā esse hanc fœminā blandis sermonibus, dignitatū larvis, & id genus aliis, ut pro marito & unà cum marito sic promitteret, *contra l. 1. ff. ad S. C. Velleja. d. auth. si qua mulier.* & marito quasi donaret solutionem postmodū è rebus suis patrimonialibus faciendam & exequendam. Tali autem casu, ubi aliqua † vel levissima donationis inter coniuges 153
suspicio esse potest, quin ipso jure non obligetur mulier,

mulier, ex Cyn. Bart. Bald. Castr. Salyc in d. auth. si qua mulier. Ioh. Vincent. Honded. cons. 45 n. 8 n. 13. 14. 16 17. 19 20. 24. 32. vol. 2. Ant. Tessaur d. decis. Pedem. 223 n 1. vers. & ratio illius auth. & n. 2 Ioh. Pet. Surd d. cons. 367. n 9. Andr Gail. d obs. 90. n. 9. lib. 1. pract. obs. expeditum est. Porro ex supra deductis apparet, nihil hic in quæstionem venire, quod ipsa gerere potuerit & debuerit. Deniq; nihil hic principaliter E. creditum est, quod possit videri permisisse postea viro suo, ut is in usus suos converteret: sed contrarium potius patet, ut ita etiam non bene ad hoc factum ea jura conveniant: nec possit videri eadem esse ratio, ut ideo hic etiam de-
154 beret esse eadem decisio juris: quin † potius diversitas facti diversitatem juris desiderat. l. aut facta. ff. de pœn. l. ut responsum. C. de transact. Ioseph. Ludo. decis. Rota Luc. 44 n 44. 61 & 62. Meno. cons. 50. n. 2.

Quoad quintam dubitandi rationē, primo nō statim per hoc instrumētum probatū esse, œnopolium cōmuni quadam societate hos coniuges unà exercuisse. Et nisi constet, vel doceatur iure quodam societatis, ut quæstus ex illa taberna esset communis inter eos, exercuisse in communi, prædicta jura, de quibus Gail. d obs. 90. n. 1 Mynf. obs. 29 cent. 1 locum non habent, ut ex ipsis colligere est, præsertim Gail. d. obs. 90. n 5. vers. & ista intelligenda sunt, &c. vers. secus si ad suam utilitatem. Deinde hæc facultas exercendi tabernam vinariā marito, non etiam uxori concessa est. Tertio pars & portio est salarii publici istius, quod in cōpensationem laboris hic Q. habere debebat; & sic annexum seu accessoriū est officii Quæstorii, à quo separatū non est, sed ei adhæret, arg §. si Inst. de fidejuss. l 9 §. Alphenus ff de dam. infect. Aym. Cravet. cons.
155 478 n. 5. At † de connexis idem est iudicium, c. si super gratia. de off deleg. in 6. Pet Peck ad c. accessorium. de reg. jur. in 6. & accessorium sequitur, seu habet eandem naturam & conditionem, quam principale eius habet, cui accessit. d. c. accessorium l. si cui. ff. quib. mod. pign vel hypoth. l. qua ratione §. litera. ff. de acq rer. dom. l. ex §. fin ff. de except. rei jud. & ut Aym. Cravett. d. cons 478. nu 5. ait, quod accessorie venit ad alterum, unum atq; idem existimatur cū suo principali secundum Bald. in l. cum dotem. in fin. C. de jur. dot. arg l profectitia. §. si pater §. sed si pater ff. de jure dot. Cum itaq; hæc fœmina Quæsturæ incapax sit. d l. 2. ff. de reg jur. huius etiam œnopolii exercēdi incapax fuerit, necesse est. Quarto, etiamsi hāc tabernam vinariam societatis iure, cōmuni opera & impensa cum marito exercuisset, tamen in hoc cōmune negotium reliqua illa, quæ calculo subducto manent, nō sunt à B. A. credita: ideoq; nec uxor hoc nomine obligata cēseri potest, autore Dn. Gail d obs 90. n 5 vers. secus si ad suam utilitatem verb quia creditum non est, &c per l. jure societatis.
156 ff pro soc. Quinimo † uti nullus socius ex negotio socii extra societatem gesto, obligatur, ut per d. l. jure societatis. & l. nemo ex sociis. ff. pro soc. cum similib. Gail. d. obs. 90 n. 6. probat, ita nec uxor cuiusquam societatis causa pro marito obligata erit, de eo negotio, quod extra societatem maritus gessisset: cui etiam ea adstipulantur, quæ scribit Gabriel Mudæus ad d. l. jure societatis. & d. l. nemo ex sociis.

Sexti minor, sive assumptio negatur, per ratio-
157 nes supra deductas: & † cum reliqua ex ratione, de quibus quæstio est, ad E. maritū non venerint, sed adhuc apud colonos & subditos existent, non potest videri hoc debitū in communem utilitatē pervenisse, aut ad alimoniā familiæ adhibitū esse.
Deinde † etsi quidem verum sit pro meliore & 158
faciliore familiæ sustentatione, item ut honorati inter suos hi coniuges essent, maritū hoc munus suscepisse: nō tamen propterea consequens est, vel hæc reliqua quoq; talia esse, vel uxorem de iis in subsidium teneri: cum Castren. Tessaur. d. n. 15. Jo. Pet. Surd. d. privil 48. n. 6. & d. cons. 368 n. 27. & Bal. Novell non agant de eo, quo ex consequente talis obligatio est, sed de ipso principali contractu, principaliter propter cōmunem utilitatem inito, ut si de alimentis & propter alimenta convenit, Io. Petr Surd. d cons. 367. n. 27 & 28 Anton de Gamma decis. Lusit. 366. n. 6. & 7 aut eo fine, ut honor mariti vel utriusq; coniugis cōservetur, carcer & reliqua mala, eaq; ignominiosa avertātur, Io. Pet. Surd. d cons 367 per tot. sed in iis terminis hic non versamur. Præterea hic cessat conditio & eventus cōventionis cum ostēdi nō possit, aliquid culpa vel fraude mariti uxorisve exactum, neglectum vel corruptū esse. Substantia igitur obligationis deficiente ēt obligatio ipsa deficiet, per ea q̄ supra sunt ꝓ cōfirmatione deducta. Multiplex itaq; ratio est, cur hoc argumētū hic nō ꝓcedat.

Sic † septimo negatur eiusmodi prætēsa con- 159
suetudo, de qua in septima dubitandi ratione actum est: & cum facti sit, oportet eam in specie probare. gl. ad l. 1. verb. probatis bis. C. quæ sit long consuet. Dec. cons. 538. n 8 & cons 5 0 n 2. cons. 402. n. 11. cons. 420. n 8. Paris. cons 31. n. 14. vol 2. Aym. Cravet. cons. 624 n 13 cons. 642. n. 15 cons. 781. n. 2. cons. 979. n. 10. vers factum probandum Ioseph. Mascar. de probat. concl. 423 nu 26. Quomodo autem probanda sit consuetudo, patet ex Mynf. resp 12. n 23 nu. 19 & seqq. Andr. Gail pract. obs 31. lib. 2. & Mascard. de prob. concl. 423 424 & aliquot seqq vol. 1. Limitat quidē illud Joseph Mascard d. concl. 423. n. 26. ut probatione non indigeat, si notoria sit eo loci, ubi causa agitur, & casus evenit, quod & Hieron. Marilian. decis 33. n 1 statuit; hic tamen minime notoria videri potest, cum vix ullum exemplum eius loci, ut audio, proferri possit, in quo extra causam propriæ vel communis negotiationis uxor pro marito coacta sit solvere. Nec quicquā huc facit vicinæ terræ H. consuetudo, quæ nec ipsa ubiq; eadem & sibi similis est. sed varia & multiplex, cum vix unus pagus in superiore H. W. cōtingente reperiatur, quæ non peculiarem à cæteris vicinis suis oppidis & vicis consuetudinem prætendat, ut notum nobis est ex notis summi dicasterii, & inquisitione superioribus annis ea de re per universam superiorē H. habita. Quod
autem † varie & inconstanter observatum est, 160
consuetudinem non probat, Hieron. Marilian. decis 60. n 15 per l cum de consuetudine ff. de legib Hieronym. Cagnol. ad l nemo alieno. § temporaria ff de regul. jur. Mynsing. d resp 12 num. 25. ubi ex Bart. ad d. l 2. in princip vers. ex quo not. ff soluto matrim. & l. solent §. nonne. ff de offic. proconsul. refert ex difformi usu populi non intelligi intentionem introducendi consuetudinem probatam, quod etiam inculcat & pluribus confirmat in d resp. 13. n. 23. cui Johan. Petr. Surd. consilio 393. numero 24. subscribit, ubi ex Bartol. ad leg. semper in stipulationibus. ff. de reg.

de reg. jur. & ibidem Cagnol. num. 12. asserit, ubi unicus actus probatur contra allegatam consuetudinem, tunc constare consuetudinem non exta-
161 re. Quin † etiam cum consuetudo stricti juris sit, *l. 1. §. Iulianus. ff. de itin. actuq; privat. Cravett. cons. 30. nu. 5. Rol. à Valle cons. 69. nu. 30. vol. 3.* & facti, à re ad rem, à causa ad causam, *Bart. ad l. 1. §. si quis hoc. ff. de itin. actuq; priv. Innoc. in c. cum dilectus. col. 1. extr. de capell. monach. Tib. Decian. resp. 51. n. 123. vol. 2.* ita nec à loco ad locum extenditur, *Ioh. Petr. Surd. cons. 323. nu. 13. Aym. Cravett. cons. 1000. in corollario. nu. 105. Tib. Decian. resp. 11. n. 181. vol. 1. Bar. ad l. semper in stipulationib. Corneus cons. 293. n. 4. vol. 1. Menoch. cons. 75.*
162 *num. 81.* Quod † autem Francisc. Bursat. *cons. 161. n. 20. & 63.* ex Curt. *tract. de consuet. nu. 341. & 347.* ac Boërio *decis. 263. n. 9.* consuluit, consuetudinẽ vicini loci antiquam, ad vicinum locum extendi, *per c. 1 de feud. cognit. c. Catholica. 11. dist. c. ex parte Compostellani ibi glos. c. super. vers. quod illud observare tenetur. quod in vicinis provinciis observatur. extra. de censib. c. cum olim. extra. de consuet.* non generaliter est intelligendum, sed de eo tantum casu, quãdo in favorabilibus dignitatibus vel statutis similibusq; actibus interpretandis versamur, nec reperimus aliquid de eo casu specialiter scripto constitutum: tum enim recurrere debemus ad generalem provinciæ seu principatus vel civitatis superioris consuetudinem, deficiente loco speciali: quod si ea quoq; non appareat, ad vicini loci consuetudinem eundum est, & ab illo loco vicino mutuanda: secus autem, si scripto jure de eo casu (ut & hoc nostro) satis cautum sit; tum enim deficiente consuetudine istius loci, remanet casus sub dispositione juris communis, *idq; tradunt Panorm. & cæteri Canonistæ in d. c. cum olim. ext. de consue. facit l. de quib. & ibi notat. ff. de legib. & quæ Bar. scribit ea de re in l. omnes populi. ff. de just. & jur. & in d. l. semper in stipulationib. ff. de reg. jur.* Idq; ex toto illo Francisci Bursati consilio quoque liquet; ut ita pro re subiecta sit intelligendum: nec alia mens est Boërii *d. decis. 263. n. 9.* ut ex allegatis patet. Procedit idemq; ita demum, si loci sint uniti accessorie, *Aym. Cravet. de antiquit. tempor. d. n. 55. & seqq* in quo casu hic quoque non versamur. Et quod eadem sit Castrens. *cons. 437. n. 2 lib. 2.* Menoch. *cons. 228. nu. 55 & 56.* & Aym. Cravet. *de antiquit. temp. part. 4. n. 53. & seqq.* sententia, ex inspectione ipsorum authorum manifestum fit: siquidem utrobique de eo casu agunt, quo lex in specie non extat, & locus habet superioritatem in illum locum, ad quem debet extendi, aut unio sit locorum facta, ut necesse non sit singula percurrere, & ea recensere, ut quæ omnia ad nostrum casum non pertinent.

163 Sed † etsi prætensa consuetudo probaretur, ea tamen secundum juris analogiam & æquitatis modum esset accipienda, ut quàm minimè à jure scripto recederet, cum, ut dictum est, consuetudo sit stricti juris, ut & statutum: & ideo ita accipienda, ut quàm minimum jus scriptum lædat, & ab ea discedat, *Bald. ad l. bonorum. C. qui admitt. ad bonorum possess. Anton. de Butr. ad c. dudum. extr. de decim. Castrens. ad l. si testamentum. C. de testament. Wesemb. cons. 11. nu. 46. vers. sed statum potius. Roland. à Valle cons. 32. n. 22. vol. 1.* quia correctio juris communis est vitanda, *Wesem. cons. 41. n. 156. per l. præcipimus. C. de appellat.* in quovis casu dubio interpretando vel decidendo, *Tib Decian. resp. 9. n. 83. resp. 61. n. 37. vol. 2 facit d. l. 1. §. Iulianus. ff. de itiner. actuq; priv.* Minus autem esset à jure communi discessura, minus illud corrigeret, si ea acciperetur tantum de his, quæ coniuges communem negotiationem exercentes, & communis familiæ alendæ causa contraxissent, *secundum ea, quæ Andr. Gail. d. obs 90. nu. 2. & Mynſ. d. obs. 29. cent. 1. observarunt, propter l. 1. l. cum te. & tot tit. C. ne uxor pro mar. d. auth. si qua mulier. C ad S. C. Vellej. ac late deducit. Anton. Gamma. decis. Lusit. 366. per tot.* Ideo quæ non foret indistincte de quocunq; mariti debito, sed tãtum de vere domestico & communem negotiationis societatem concernente interpretanda, ut & Senatus Lusitanus interpretatus est, referente Anton. de Gamma *d. decis. Lusit. 366. n. 6. & 7.* At tale hoc debitum, de quo nunc quæstio est, non esse, supra vidimus.

Octavum dubium penitus reprobatur, *per l. cum te ideo. in fi. C ne uxor pro mar.* ubi Imperatores
Philoteræ, quæ † aliquam debiti partẽ pro filio 164
suo solverat, ita rescribunt: Cum te, inquiunt, ideo ex persona filii tui commemores conveniri, quod pro debitis eius aliquid intulisse videris, defensionibus tuis uti apud eum, cuius super ea re notio est, minime prohiberis, ut is ad solutionem alieni debiti urgeri te non patiatur. Etsi vero rescriptum de matre pro filio aliquam debiti partem solvente conceptum sit, idem tamen est in uxore & marito, ut & rubrica, sub qua positũ reperitur, & identitas rationis postulat, quæ idẽ ius ibi esse vult, ubi eadem est ratio, per jura vulgata. Ideoq; Bal. *in d. l. cum te ideo.* generaliter colligit: Gratuita, Inquit, solutio partis non gravat in solutionem alterius partis. Quod etiam cõfirmatur responso Julii Pauli *in l. Lucius Titius. 8. §. testator. & ibi idem Bald. ff. de leg. 2.* ubi testator legata ante quinquenniũ vetuit peti præstariq;: Heres quædã sponte ante quinquenniũ solvit: quæsitũ est, an eius, quod ante diem existentẽ solutũ est, repræsentationem in reliqua solutione legati reputare possit? non propterea minus relictũ deberi (ut quidã rectius legi putant) quod aliquid ante diem sit solutũ, respondet Paulus: quasi dicat, nõ teneri propterea ante tẽpus reliqua legata solvere, quia quædam ante tempus solvit, neq; etiam tempus cum tempore in reliquis cõpensare potest: cum renunciatio dilationis in parte una nõ propterea inducat renunciationẽ quoq; in reliqua parte, secundum Bald. ibid. Sed & Bar. *in d. l. fin. C ne ux. pro mar.* Qui solvit, inquit, unum debitum pro alio, alia debita solvere non cogi-
tur. Nam † ea, quæ voluntarie gerimus, non ex- 165
tenduntur ultrà, quàm gerimus, *l. tutori. C. de negot. gest.* cui etiam adstipulatur *gloss. in l. non dubium. verb. agnoverit. C. de testament. Salycet ad l. cum fidem. C. de non numer. pecun. Natta consil. 77. num. 6. & Iohan. Petr. Surd. consil. 212. num. 25. per l. cum de indebito. versic. sed si pro parte. ff. de probat.* Ideo absurdum esse dicit Cynus in *dicta l. final.* alterum ex alterius contractu conveniri, etiamsi pro eo aliquid sponte solvit. Et quod dicitur, voluntatem tacitam, quæ ex actu colligitur, non debere extendi ultra, quàm ex ipso actu inferatur de necessitate, *secundum Bartol. in lege prima, §. si quis*

hoc

hoc interdicto. ff. de itiner. actuq; privat. & in d. l. fin. & Joan. Petr. Surd. d. consil. 212. num. 22. non tantum procedit in actibus inter vivos, cujusmodi est aliquid sponte pro alio solvere, *ut ex d. consil. Joan. Petr. Surd. 212. nu. 22. & seqq. Natta d. consil. 77. nu. 6. & consil. 446. nu. 19. per d. l. cum de indebito. versic. sed si pro parte. & d. l. fin. Paris. consil. 79. nu. 11. vol. 3. Cravett. consil. 292. nu. 1. & seq. Dec. consil. 452. col. ult. versic. quarto non obstat.* patet, sed etiam in ultimis voluntatibus, & circa ultimas voluntates, *ut gl. Bart. Bald. & reliqui Doctor. in d. l. non dubium. C. de testam. ostendunt, per l. 4. C. de jur. & fact. ignor. & ibid. Ant. de Padill. nu. 5. vers. item adde.* item adde, inquit, quod minus solennis voluntas approbata, non censetur simpliciter (ab herede scilicet ex ea legatum vel fideicommissum solvente, vel ratum habente) approbata, sed in eo solum, in quo approbatur nominatim, *per gloss. ordinar. in d. l. non dubium.* cujus opinionẽ, inquit, sequuntur ibi antiquiores, & esse communem, testatur Alex. *ibid. nu. 3. Jas. collat. 2. versic. & idem quoq; voluit gloss. in l. 2. verb. praestiterunt. C. de fideicommiss. item Bald. ibid. & Cynus per d. l. Lucius Titius. 88. §. testator. ff. de legat. 2.* Quod si ita est, argumentum petitum *ex d. l. 1. & l. 2. C. de fideicommiss. & d. auth. sed cum testator. versic. item si heres quadam. C. ad leg. Falcid. d. l. non dubium. C. de testam.* ab ultima voluntate ad contractus nullum est, nec quicquam prodest; tum quod praedicta jura de causa testamentaria loquentia aeque restringenda sunt tantũ ad ea, quae specialiter ab aliquo sunt approbata; & ab uno legato vel fideicommisso ad alterum non extendi, *Cyn. in d. auth.*
166 *sed cum testator. num. 9. C. ad leg. Falcid.* tum † etiam, quia etsi aliud (quod non est) circa testamenta, legata & fideicommissa esset constitutum, tamen cum id secus esse, *in d. l. fin. C. ne uxor pro marit.* reperiatur cautum circa solutiones, quae sponte fiunt extra causam voluntatis ultimae; argumentum ab ultima voluntate ad contractus cessaret, cum nunquam hoc argumentum procedat ad derogationem legis, vel canonis, aut ubi aliud expresse dispositum est in uno, quam in alio, *Eberhard à Middelb. in d. loc. legal. 36. à contractib. ad ult. volunt. num. 2. in fin. Wesemb. in d. tit. de lege Fus. can. toll.*

167 Deinde non † potuit videri agnovisse omnia mariti debita, cum ad hanc solutionem comitatui H. sponte non accesserit, sed per arresta & pignorationes rerum suarum coacta sit. Quo casu potuisset uti beneficio, *auth. & omnino. C. ne uxor pro marit.* Quod autem eo usa non est B. nullum jus quaesitum adjicit, neque immunitatem praebet, juxta regulam, res inter alios acta, &c. Quod si ergo praesumat, eam pro alieno debito, *contra d. auth. si qua mulier.* exigere, & pignorationes facere, poterit E. adversus eum in quadruplum experiri, & hoc efficere, ut propterea à tali actione, pro qua talia praesumpserit, cecidisse declaretur *juxta d. auth. sed omnino. ibi Bald. & reliqui Doctores, C. ne uxor pro marit.*

Ad nonum varie quoque responderi potest:
168 Primo † enim negatur, fiscale hoc debitum esse, cum non sit debitum Camerae Imperialis, sed privatae Reipub. seu castri: *argum. definitionis, de qua Anton. Peregrin. de jure fisc. lib. 1. tit. 1. num. 2. l. bona civitatis. 15. cum ibi annot. ff. de verbor. signific. l. usucapio 9. ibi Cujac. ff. de usucap. l. 3. §. si in locis. ff. de jure fisc. l. vectigalia. 10. C. de vectigal. & commiss. l. 1. l. 2. C. vectigal. nov. inst. non poss.* neque sint indistincte fructus & reditus jurisdictionales, sed privati castri patrimonii, *d. l. vectigalia. 10. d. l. 15. 16. & 17. de verbor. signific.* Secundo, † etsi quidem hoc castrum 169
jura fisci haberet, & secundum eundem Anton. Peregrin. debitum fiscale dici posset, tamen non propterea consequens esset, castrum habere etiam privilegium praelationis, quia nec tacitae hypothecae habere censetur, nisi hoc specialiter castro ab Imperatore per modum privilegii concessum, aut statuto olim cautum esse doceatur, idq; in usu atque observatione sit; quia castra & civitates regalia atque jura fiscalia habentes jus tacitae hypothecae non habent, & sic nec praelationis, nisi specialiter hoc eis quoq; concessum, aut per statutum in legis necessitatem reductum sit, *ut docet Bald. in l. dotis tuae. versic. pone quod quis est debitor. C. de jure dot. quem sequitur Zas. in l. inter eos. ff. de re judic. nec non Hart. Hartm. ab Epping. lib. 2. tit. 27. de creditor. obser. 21. num. 1. & 6. per l. 2. C. de jure Reip. lib. 11. facit d. l. bona civitatis. & l. seq. ver. civitatis. ff. de verb. signific.* Tertio, † quod *in l. satis notum. C.* 170
quib. caus. pig. tac. contrah. l. utilitas. C. de primip. lib. 12. constitutum est, generaliter non obtinet, sed tantum in causa primipilari, *ut ex illis constat textibus, & Hart. Hartm. ab Epping. d. tit. 27. de creditor. obser. 19. lib. 2.* Alioqui dotis causa fisco potior est, *d. l. dotis tua. C. de jure dot. Didac. Covarr. 1. variar. resolut. 16. num. 7. circa fin. Socin. Ripa. Jas. & alii ad l. 1. ff. solut. matrim. Joan. Schneid. ad § fuerat. num. 56. Instit. de action. Anton. Peregrin. de jure fisc. lib. 6. tit. de pignor. & hypoth. num. 24. & 33. Hart. Hartm. ab Epping. d. obser. 19. & obser. 17. eod. tit. 27. de creditor. num. 12.* magisq; privilegiata, *argum. l. unic. C. de rei uxor. actio. juncta l. assiduis. C. qui pot. in pign. hab. Hartm. ab Epping d. obser. 17. num. 4. 9. 12.* adeo, ut in ambiguis non pro fisco, sed pro dote responderi debeat, *l. in ambiguis. ff. de regul. jur. d. l. 2. C. de jur. fisc.*

Etsi † quoque D. Antonini tempore verissi- 171
mum fuerit, fiscum & dotem pari passu (ut loquuntur) ambulasse, ut is potior esset, cujus causa alteram tempore praevenisset, *juxta d. l. 2. C. de jure fisc.* & hactenus recte senserit Salicet. *in d. l. 2.* & post eum Anton. Peregrin. *d. tit. de pignor. & hypoth. num. 33. vers. quare putarim.* hodie tamen cum uxori in causa dotis datum sit, ut omnibus omnino creditoribus etiam expressam anteriorem hypothecam habentibus praeferatur, *d. l. assiduis. C. qui pot. in pign. hab. ibi Doctor. §. fuerat. ibi Mynsing. num. 12. & 13. & in respons. 15. num. 16. & seqq. & 13. observat. cent. 4.* neque ab illa universali affirmativa fiscus excipiatur, non bene illi sententiae inhaeretur: sed potius illi, quae vult fisco mulierem praeferri, sola primipilari causa excepta: quae qualis † sit, exponunt Corras. *lib. 1. miscell. cap. 4.* 171
Didac. Covarr. *d. lib. 1. variar. resolut. cap. 16. num. 7.* & Anton. Peregrin. *d. tit. de pignor. & hypoth. fisc. lib. 6. de jure fisc. num. 43.* At in ea hic non versamur, neq; versari possumus. Cessat igitur illatio, quae *ex d. l. satis notum. & d. l. utilitas.* desumi vult: quae ideo etiam hic cessare debet, quod E. causa dotalis tempore prior est, & castrum tempore longe praecedit: ut ex tenore instrumentorum notum fit: ut licet Salicet. *in d. l. 2. & Anton. Peregrin.*

d.nu 33. ſententiæ locus eſſet, *juxta d. l. 2.* potior tamen cauſa hic fœminæ foret, communi omniũ iure. *juxta c. qui prior. de reg. iur. 6.* Præterea *per d. authen. ſi qua mulier. & d. Nov. 134. cap. 8* omnis dubitandi anſa præripitur, quando apertè ibi ſtatuitur, quod mulier obligata eſſe non debeat, ſive privatum ſit debitum, ſive publicum, quod unà cum marito & pro marito uxor contrahit: idq; ibidem Dd. omnes affirmant, & in ſpecie de fiſci obligatione, *ut apud Bartol. Bald. Cyn. Caſtr. Alex. Corn. & alios ibi videre eſt.*

Ad decimum reſpondetur Joh. Pet. Surd. & interpp. ab eo allegatos, non intelligere quam-
173 cunq; † mariti utilitatem, & honorem, vel neceſſitatem, ſed quæ utilitas & neceſſitas, itemq; honor, infamiæ notã, aut vitæ, corporis libertatisve periculũ, ex oppoſito habitura ſint, niſi ei ſubveniatur, uti *ex d. l. quãvis & toto Dn. Surd.* conſilio liquidum fit. Et in his ſimilibusque neceſſitatibus meritò uxor ſuccurrit viro, cum honor viri, etiã honor uxoris, & opprobrium mariti, ipſi quoq; probro ſit, *per l. fœmina. ff. de ſenator.* At ejuſmodi hic nulla fuit, nec eſt: Ut ideo à ſeparatis nihil rectè inferatur. Nam ut maritus honorem, vel dignitatem novam acquirat per uxoris interceſſionem, & ſic pro marito cum effectu *contra d. authent. ſi qua mulier.* obligetur, nullibi reperitur jure cautum; & ſine lege loqui erubeſcimus.

174 Quod undecimam † dubitandi rationem attinet, eam quidem non negamus: renunciavit enim Senatuſconſulto Vellejano, ut quidẽ vigore ejus ſe ab obligatione eximere non poſſit: At continuo nondum ceſſat nullitatis exceptio, vel omne aliud beneficium mulieribus indultum. Et ut hic ſimul duodecimam dubitandi rationem tollamus, ſciendum eſt, non videri eam propterea à beneficio *auth. ſi qua mulier. C. ad SC. Vellejan.* excluſam, quia renunciaſſet Senatuſconſulto ipſi, ad cujus extenſionem & declarationem *d.*
175 *auth. ſi qua mulier.* ſpectat. Eſt † enim d. auth. ſi qua mulier. *& d. Nov. 134. cap. 8.* planè novum, & omninò aliud ab exceptione Vellejani Senatuſconſulti, *ut teſtantur Cyn. & cæteri interpp. omnes ad d. auth. ſi qua mulier. Joh. Zanger. de except. part. 3. c. 9. num. 18. Joh. Vincent. Honded. d. conſ. 45. num. 16. & per tot. Petr. Coſtal. ad l. fin. verſ. ideoq; mulier. ff. de Senatuſconſ. Vellei.* Ideoq; non poteſt ſub renunciatione Senatuſc. Vellejani videri comprehenſum etiã beneficium *d. auth. ſi qua mulier per l. iubemus. C. ad SC. Velleian. & quæ Alex. Raudens. de analog. aquir.*
176 *univ. cap. 21. n. 50.* Quinimò † huic *auth. ſi qua mulier.* regulariter renunciari non poteſt, *Bald. in d. auth. ſi qua mulier. col. 2 verſ. quærunt Dd. nunquid huic auth. poſſit renunciari. Cyn. verſ. ultimò ſolet hic quæri. Item Salyc. nu. 5. Alberic. n. 4 C. ad SC. Velleian. Angel. Aretin. ad d. §. item ſi n. 37. verſ. & prædicta. Inſt. de excep. Cyn. ad l. pen. C. de pact. Paul. de Caſtr. conſ. 8 num. 1. ver. ſecundò d. domina. vol. 2. & in d. auth. ſi qua mulier. n. 1. & 2. Chaſſan. in conſuet. Burgun. Rubr. 4. § 13. n. 10. Pet. Coſtal. in d. l. fin. ff. ad SC. Vell. Anton. Teſſaur. deciſ. 223. nu. 3. Joh. Vincen. Honded. d. conſ. 45. nu. 18. Valent. Franc. de fideiuſſ. cap. 2. nu. 394. Joh. Petr. Surd. d. conſil. 367. num. 29.* ne quidem jurejurando, ſecundum jus civile, *per l. non dubium, C. de legib. d. l. nemo poteſt. ff. de legat. 1. gloſſ. in l. in re. C. mand. Ant. Teſſaur. d. deciſ. 223. nu. 7. ver. amplia octavò. Caſtr. ad d. authen. ſi qua mulier. num. 2. & d conſ. 8. num. 1. in fin. Bald. & Bart. in d. authen. ſi qua mulier.* cum lex reſiſtat obligationi, eamque fieri prohibeat, nec ulla ſit, quæ poſſit jurejurando confirmari, *Caſtr. in d. authen. ſi qua mulier, num. 1. & 2.* Itaq; tantò minus hæc renunciatio, quæ tantum facta eſt de Senatuſconſulto Velleiano, & ordinis ac diviſionis beneficiis fideiuſſoribus conceſſis, extendi poterit ad hoc novum ſpeciale ac ſeparatum beneficiũ. d. auth. ſi qua mulier. Sunt † enim renunciationes ſtricti 177
iuris, neque ultra ſpecificata extendendæ, *l. iubemus. C. ad SC. Velleian. l. tres fratres. l. emptor. §. Lucius. ff. de pact. leg. qui cum tutoribus §. fin. ff. de tranſaction. Dec. conſil. 352 num. 7.* neque etiam ab una re ad alteram porrigendæ. *Bald. ad l. in ſumma § fin autem. ff. de condict. indeb. & in l. 1. C. de tranſact. Dec. conſil. 460. num. 6. conſ. 493. numero 21. & 26. conſil. 595. num. 20 VVeſemb. conſil. 11. num. 4. conſil. 15 num. 4. 5. 6. & 7. & ut Ludov. Roman. conſil. 168 per l. ſi dominu. ff. de ſervit. urban. præd. & l. ſuum. C. de iure del ber.* dixit, renunciatio in uno facta, non inducit excluſionem in altero: maximè ſi mulier ſit, quæ renunciavit, *per d. l. iubemus. C. ad Senatuſconſ. Velleian.* quam ſemper certioratam eſſe de iure ſuo, & quidem in ſpecie neceſſe eſt. *gloſſ. in d. l. fina. §. fin. ff. ad Senatuſconſ. Vell. Alex. in addit. ad Bart. in leg. in repudianda. ff. de acquir. hered. & in l. ſciendum. nu. 29. ff. de verb. obligat. Panorm. in c. penult. num. 11. extr. de empt. & vendit. Hyppol. de Marſil. ad rubr. de fideiuſſ. nu. 36. & ſeqq. Gail. obſer. pract. 77. lib. 2.* Quoniam regulariter † non valet illa renũciatio eius iuris, 178
quod quis ignorat ſibi competere, *l. maior decedens. ff. de inoffic. teſtamen. l. cum Aquiliana. in fin. ff. de tranſact. l. in repudianda. ff. de acquirend. hered. l. legitimam. ff. de petit. hered. Gail. d. obſeruat. 77. num. 3. Anton. de Padill. ad leg. fin. num. 10. C. de iur. & fact. ignor.* Mulier † autem imprimis ius ſibi aliquod 179
competere ignorare creditur, niſi in ſpecie de eo certiorata ſit: *Anton. Teſſaur. d. deciſ. 222. num. 3. per gloſſ. in Novell. de ſecund. nupt. §. 1. verbo ſciens. & Alex. ad d. leg. ſciendum. num. 29. de verborum obligat. Hyppol. de Marſil. ad d. rubr. de fideiuſſorib. num. 36. & ſequentib.*

Clarũ autem eſt, tempore conventionis hanc non fuiſſe de hoc beneficio, ſed tantum de exceptione Senatuſconſulti Velleiani, ordinis, diviſionis & epiſtolæ D. Hadriani certioratam: Quamobrem ad *d. auth. ſi qua mulier.* hæc renunciatio porrigi non poteſt. Et in ſpecie, quod renunciatio Velleiano facta ad *d. auth. ſi qua mulier.* non extendatur, neq; etiam hoc beneficium adimat, egregiè probat Paul. de Caſtr. ad *d. auth. ſi qua mulier. nu. 1. in fin. & nu. 2. in prin.* Licet ergo, inquit, mulier renunciet Senatuſcon. Velleiano, quando ſe obligat pro viro, etiam poſt biennium nihil nocet ſibi renunciatio: quia renunciat ei, quod non habet, ſcilicet exceptioni Velleiani, quam non habet. Debet ergo renunciare Velleiano, & cuilibet alteri auxilio, quod ſibi de iure competeret, & hoc eſt, auxilium iſtius auth. quæ etiam tuetur ipſo iure.

Deinde † etſi quidem renunciatio iureiurãdo 180
generaliter facta extendatur ad quæcunq; beneficia mulieri competentia, *ſecundum canoniſtas in c. cum contingat. extr. de iureiuran. & ad c. 2. de pact. 6.*

Idq;

Idq; in specie etiam de hoc nostro beneficio affirmat Castren. *in d. auth. si qua mulier. n. 2.* ubi modum renunciandi tradit, *item gl. in d. l. fin. §. fin. ad SC. Velleian. Anton. Tessaur. d. decis. 223. n. 8. Ant. Gomez. var. resolut. tom. 2. c. 13. nu. 17. Petr. Costal. ad d. l.*
181 *fin. ad SC. Velleian.* cum † juramentū pro certioratione habeatur, ac eam suppleat, *Hyppol. de Mars. in pract. crimin. §. 2. nu. 64. Dd. ad auth. sacramenta puberum. C. si advers. vendit. Socin. reg. 273. nu. 2. in tract. regul. And. Tiraqu. in praefat. ad d. l. si unquam. nu. 135. 136. C. de revoc. don. Geil. d. obs. 77. n. 10. lib. 2. Hartm. Hartm. ab Epping. lib. 2. pract. obs. tit. 29. de fideius. obs. 3.* tamen hoc ita est, si generalis illa non sit reducta ad certas species, ut ibidem illi Dd. docent.

182 Verba † enim specialia universalib. adiecta, mutant eorum significatum, *Bar. in l. generali. §. usur. ff. de usur. legat. Joh. Pet. Surd. cons. 321. nu. 15.* eaq; ad qualitatem adiectam revocant, *Bart. in l. cum filiofam. in fin. de leg. 1. & ibid. Socin. n. 261. Jason. ad l. si quis posthumo. §. si filium. nu. 48. 49. & 52. ff. de lib. & posthum. hered. instit. Ruin. cons. 20. n. 2. vol. 1. & cons. 188. nu. 11. vol. 2.* ubi dicit, quod universalis dispositio hominis etiam admittit limitationem, quā disponens adiecit. Quo fundamento Aym. Crav. *consil. 144. nu. 5. in fin.* utitur, quando ostendit, etsi tota hereditas omnia bona includat, restringi tamen per verbum, SUA, adiectum, ut bona fideicommisso subiecta, non contineat, quia Aretin. *cons. 161. nu. 4.* rectè docuit, quod universales dictiones restringuntur à termino restrictivo sibi adiecto. Et Bart. *in d. leg. generali. §. uxor. ff. de usufr. leg. num. 4.* item nota, inquit, si testator relinquit uxori omnia, quae habet in domo, nō veniet frumentum, quod erat ibi causa vendendi: sed contra praedicta opponitur, quando in legato apponitur signum universale, OMNE, tunc legatum non recipit restrictionem. *l. periculis. §. Labeo. ff. de aur. arg. legat. & l. Julianus in prin. ff. de leg. 3. solut.* Fateor, inquit Bar. quod non recipit limitationem, nisi eam, quam testator facit. Quod si ita est in legato, utiq; etiam in contractibus & stipulatio-
183 nibus; cum aequum † & in contractibus sit, ut verba secundum proferentis intentionem apparentem accipiantur, *l. si quis intentione. ff. de judic.* & quaecunque oratio etiam universalis, non porrigatur ultra specificata, *l. coheredi. §. qui patrem. ff. de vulg. & pup. subst. Bald. ad l. si non cōmuni. C. de iniur. l. si pater. §. qui duos. ff. de adopt. ubi Bart. l. debitor. §. fin. ff. ad SC. Trebell. Zas. consil. 12. n. 43. & sequ. volum. 1.* Atqui hoc nostro casu, neque iuramentum intervenit, neque dispositio in generalitate sua permansit, sed statim per verba adiecta, Als nemblich die wolthat Rechtens / so Weiblichem Geschlecht / in Bürgschafften zu statten kommen mag / Senatusconsulti Vellejani / genandt / dessen ich E. insonderheit außtrücklich zuvor verstendigt / &c.
184 Haec † enim verba, ita tamen, videlicet, scilicet, hoc est, Als nemblich / etc. vim restrictivam & declarativam habere nemo ignorat, *argumen. l. Lucius. §. qui habitabat. ff. ad Senatuscons. Trebellian. l. Gallus. §. item credendum. in fin. ff. de lib. & posthum. her. instit. Ruin. consil. 18. num. 11. volum. 2. Johan. Petr. Surd. consilio 335. num. 28. 29.* Et verba illa, Senatusconsulti Vellejani genandt / multò magis hanc generalitatem ad solum Senatusconsultum restringunt, & evidenter arguunt, omissum hic esse beneficium novum ex constitutione Dn. Justiniani *in d. authen. si qua mulier.* ut nec de eo potuit esse certiorata, quando apertè instrumentum probat, eam saltem esse admonitam & certioratam de Senatusconsulto Vellejano; ut ita inclusio unius, fit omissio alterius, per vulgata jura, nec potuerit illi renunciare, quod ignoravit per supra allegata. Ubi † inter caetera 185
& illa circumstantia diligenter consideranda est, quod huic contractui & certiorationi, duo praestantissimi Jurisconsulti ex parte huius foeminae sunt adhibiti, quorum alter fidejussoris, alter testis partem sustinent: Sed & Castrum Syndicum suum, & hunc Jurisconsultum praecipuum adhibuit. Quando autem quaestio juris, & de renunciationibus beneficiorum juris distinctorū occurrit, & Jurisconsulti adhibiti sunt, verba quàm proprissimè & in specifica significatione sunt accipienda, quia Jurisconsulti propriè secundum artis suae terminos ac usum locuti esse creduntur, *Bald. in l. si quis filiabus. ff. de testam. tut. & ad c. 1. de success. feud. Tib. Decian. respon. 2. num. 42. volum. 2.* Nam & aliàs verba sunt per prius potius, quàm per posterius intelligenda, *Castr. ad d. l. tres fratres. ff. de pact. Tib. Decian. resp. 43. nu. 11. vol. 2.* maximè in iis, quae stricti juris sunt, *Alex. Raudens. de analog. univ. equivoc. libr. primo, cap. 10. num. 1. & seqq.*

Corruunt ergo † multiplici modo illa, quae de 186
verbis generalibus & universalibus obiiciuntur, quia generaliter & universaliter operari debent: quod verum est, nisi ab ipsis contrahentibus & disponentibus restrictionem accipiant, quae tanquam lex contractus est in continenti adiecta. *l. 7. §. quinimo. ff. de pact. ibi Dd. l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. in conventionalibus. 52. ff. de verbor. obligat.* ut hic factum esse apparet. Deinde hoc ita est, si sub illam generalitatem, ut species cadat hoc, de quo quaeritur. Sed hoc beneficium, de quo agimus sub Senatusc. Vellejanum non cadit, neque eiusmodi est, cui potuit nudo pacto renunciari, sed juramento opus fuit, quod non intercessit, & demiq; expressum fecit. cessare omissum seu tacitum, *l. cum ex filio. §. 1. ff. de vulg. & pup. substit.*

Sic etsi quidem † causa finalis huius conven- 187
tionis fuit, ut rectè cautum esset A. hoc tamen non probat, quod propterea etiam hic contractus jure firmus esse debeat, imò haec ipsa causa finalis efficit, & omninò ad hoc impellit, ut fatendum sit, *d. authen. si qua mulier.* hic locum reperire, quia contra legem, & legis prohibitionem contractum sit, ut ex supra deductis palam est.

Neque verò vel B. A. vel E. & maritus eius 188
efficere potuerunt, ut leges in hac sua dispositione locum non sortirentur, contra *gloss. in l. in re. C. mand. per d. leg. non dubium. C. de legibus. & d. leg. nemo potest. ff. de leg. 1. ubi Bologn. Jason. Crot. & alii.*

Quod denique † verba sint futura sine effectu 189
operandi, si ad hoc auth. extendi haec renunciatio non debeat, nihil eius mutat, sed monebit eos potius, quorum interest, ut deinceps discant cautius mercari: quia sibi imputabunt, quod eam nec de hoc beneficio admonuerunt, neque certioraverunt, ac in specie renunciare fecerunt:

Z 2 Et sa-

Et ſatius eſt, verba otioſè poſita eſſe, quam ut à
juris tramite diſcedamus. Neque enim ſuperflua
190 hæc ſunt † verba, & inania, aut ſine virtute ope-
randi, ſi per ſe ſpectentur, ut & quoad reliqua be-
neficia, veluti ordinis, diviſionis, itemq; Epiſtolæ
D. Hadriani, quibus illa quoque, ſi cum effectu,
non obſtante d. auth. ſi qua mulier. obligari pro ma-
rito potuiſſet, uti potuiſſet, quia in ſubſidiū, *juxta
Anton. de Gamma d. deciſ. 366 nu.* 7. ut & in primi-
pilari cauſa, *d. l. ſatis, C. in quib. cauſ. pign. tac. contr.*
& tantum ut quilibet alius fideiuſſor obligata
pro marito eſſet, & ſic ut quilibet alius potuiſſet
beneficiis fideiuſſoriis uti. Satis autem eſt, vel
in unico aut altero caſu verba operationem ſuā
potuiſſe habere, ut ſuperflua, & ſine virtute ope-
randi, non cenſeantur poſita, licet exitu ſuo ca-
reant, ſecundum ea, quæ Tib. Decian. reſpondit,
in reſp. 45. *nu.* 18. *vol.* 2.

191 Circa † decimū tertium expeditum eſt, Quæ-
ſtorem non exegiſſe, neque exigere potuiſſe illa
reliqua, quæ in receſſu iſto continentur, ut ſupra
deductum eſt, idque etiam ex eo probatur, quod
locupletior non ſit factus, ſed longè deterioris
conditionis ac fuit, ante ſuſceptam quæſturam:
ut ideo omnis facti præſumptio, ipſumque factū
hic præſuppoſitum deficiat: ut cum jus in facto
poſitum ſit, & ex eo naſcatur, *l. ſi ex plagis.* 52. *§. in
Clivo. ff. ad l. Aquil. l. actionum. §. ex facto. ff. de action.
& oblig.* deficiente qualitate facti præſuppoſita,
deficiat quoque iſtius deciſio, neceſſe ſit. Et cum
neque potuerit, neque debuerit etiam ipſi pro-
hibente, & urgente bellico tumultu, ac annorum
ſterilitate, atque inſigni calamitate à colonis cæ-
teriſque ſubditis ea quæ extant, exigere, prout
ſupra deductum eſt, nulla ipſi culpa, *ſecundum Tib.
Decian. reſp.* 47. *num.* 44. & 45. *vol.* 4. ſed, ſi qua eſt,
A. imputabitur; habebitque hoc caſu locum,
quod dici ſolet: Qui cauſam damni dat, ipſum
damnum dediſſe cenſetur, *l. qui occidit. §. in hac. ff.*
192 *ad l. Aquil.* Quod ſi ergo † hoc, ut decet, ab E pro-
bari poterit, quod contra conventionis placita,
ipſumque jus, quod eſt de publicis exactoribus
tributorum, & quæſtoribus conſtitutum, *in l. in
fiſcalibus.* 6. *& l. ſeq. C. de exact. tribut. lib.* 10. A. ad
inſtantiam & preces ſubditorum dilationes con-
ceſſit, & exigere prohibuit, exactionemq; in an-
num meliorem aliquem reſervari voluit, nō po-
terit B. A. cum Quæſtore eiuſque heredibus, ne
dum cum eius vidua, actio eſſe: Quæ cum ſupra
ſint ſatis confirmata, ea non repeto. Corruit hinc
quoque, quod dici poteſt, officiales negligentes
exigere debitores, teneri de proprio ſuo reficere
ac reſarcire: quia, ut dictum eſt, nulla culpa in
Quæſtore reſidet, qui neceſſe habuit ſuperiori
ſuo parere, & ſic prævidere non potuit, quod vo-
193 luit, imo dici poteſt; poſtrema † creditoris mora
nocebit, non Quæſtori, eiusque viduæ, ſed ſuo
autori D. B. A. *l. ſemel. ff. ſolut. matrimon. l. illud.* 17.
*ff. de peric. & comm. rei vend. ibi Petr. Coſtal. Bart. ad
l. ſi per emptorem. §. ult. ff. de act. empt.* Et quod pro-
pterea maturius non diſceſſit ab hoc officio, eo
magis reus non eſt, cum nulla culpa in hoc ſit, ſed
in illo, quod impeditus eſt officio ſuo fungi. Quæ
culpæ cauſa, cum in ipſo non reſideat, ſed in ſu-
periore ſuo: valdè iniqui eſſemus, ſi in ipſum
pœnam, quam alius meruiſſet, transferre veli-
mus, *contra l. ſancimus. C. de pœn.* Deinde ſpes me-
lioris fortunæ illum procul dubio detinuit, ut a-
liquando ſolidum exigeret, qua ſpe ſæpè lactatus
eſſe dicitur. Porrò † ſi qua hic culpa eſſet, ea æ- 194
què in Dn. B. A. obſervaretur, qui cū non igno-
raret omnia, quæ tanquam recepta erant, regi-
ſtris erant inſerta, non eſſe ſingulis trimeſtribus,
vel ſingulis annis exacta, & tamen in eo Quæſto-
ri acquieſcebat, nec etiam ſingulis annis finitis ſi-
bi iuxta tenorem principalis conventionis ſub
lit. A. ſatisfieri, vnd die Aufflieſſerung geſchehen/
curabat. Sic itaque culpa, ſi qua eſſet, cum culpa
veniret compenſanda. *iuxta l. viro atque. ff. ſolut.
matrimon.* Quinimo hinc vehemens præſum-
ptio ſuborietur, Quæſtorem rectè functum
eſſe ſuo officio, eamque præſtitiſſe diligentiam,
quam potuerit & debuerit, *argumen. clem. unic. §.
porro. de hæret. c. faciat homo.* 22. *quæſt.* 2. Deinde
qui † ſcit damnum dari, nec prohibet, cum poſ- 195
ſit, ipſe feciſſe cenſetur, eiusque ſcientia pro fa-
cto habetur, ac pro ratihabitione, *l.* 1. *§.* 1. *l.* 5. *ff. ſi
fam. furt. fec. dic & l.* 2. *§.* 1. *l.* 3. *l.* 4. *verſ. rectius itaque.
ff. de nox. act. leg. non ſolum. in prin. & §.* 1. *ibi Bart. ff. de
iniur. l.* 2. *§. dolo autem malo. l.* 4. *§. hoc autem edicto. §.
ſequ. ff. vi bon. rapt. l. item Mela. §. ſi alius tenuit. ff. ad l.
Aquil.* Ut ideò hoc etiam retorqueri in D. B. A.
poſſit, quod dicitur, culpæ reum eſſe, qui impe-
dimentum non amovet, cum poſſit. *l. qui poteſt fa-
cere. ff. de reg. iur. cum ſimilib.*

Siquidem ſi hoc, quod in facto præſupponi-
tur, legitimè probari poterit, manifeſtum eſſet
futurum, B. impedimentum exigendi tributa &
reditus, cum potuiſſet, non tantum non ſuſtuliſ-
ſe, ſed etiam auxiſſe, & ſic in manifeſta culpa de-
prehenderetur, ut quod damnum ſua culpa ſen-
tiret, ſibi non alii imputaret. *Hyppol. de Marſil. ſin-
gul.* 350. *num.* 1. Tantò minus igitur ex eo aliqua
culpa in uxorem defuncti Quæſtoris redunda-
bit: ut quæ hoc facere non tenebatur, & quam-
vis conata fuiſſet, fruſtrà laboraſſet, *argumen. d. l.* 2.
ff. de reg. iur. cum neque uxores oporteat in ma-
ritos imperium ſibi ſumere, ſed illud maritorum
ſit, *arg. l.* 2. *ff. de iniur. Bald. in l.* 1. *C. de bon. qua lib. &
in l. ſi uxor. C. de cond. inſert.*

Decimi quarti infirmitas ex ſuperioribus li-
quet, ſatisque omnis præſumptio ſiniſtra, ſi qua
eſſet, per ſupra deducta, & probationem ſæpius
dictæ inhibitionis & impedimenti eliderетur.
Deinde † Hieron. Schurff. *d. conſ.* 65. *num.* 7. *verſ.* 196
& in quolibet. cum Bart. in d. l. 1. *§. officio. de tut. & ra-
tion. diſtrah.* non abſolutè hoc ſtatuit, ſed ex hy-
potheſi, nempe, ſi adminiſtrator ille librum ra-
tionum non confecit, aut repertorium non
conſcripſit, aut ſimile quid fecit, vel omiſit, quod
ſui erat officii: ut ita ex facto ſuſpecto præſum-
tio oriatur. Aliàs regulariter officiales præſu-
muntur debitam in his, quæ officii ſui ſunt, dili-
gentiam adhibuiſſe, præſertim iurati, *ut ſupr. ex
Tib. Decian. reſpon.* 2. *num.* 213. *volum.* 1. *Franciſc. Bur-
ſat. conſ.* 331. *num.* 9. *& conſil.* 387. *num.* 3. *cum ſimilib.
allegatu probatum eſt.*

Decimum quintum † ſatis quoque enerva-
tur per ſuperiora; maximè cum hæc potiſſimum 197
cauſa ſit, cur *d. authent. ſi qua mulier.* locum ha-
beat, quia mutua vice fidejuſſerunt: quod jus il-
lud fieri noluit. Cum itaque jura illa in majore
propo-

propositione allegata procedant, ut omnia alia, cæteris paribus, hoc est, præsupposita facti habilitate, utique ea hic propter defectum huius habilitatis, obtinere non possunt.

198 Sic & postremum † locum inveniret, si culpa Quæstoris huius aperta esset, aut si esset, non haberet, quo plenè excusaretur, & elideretur. At non posse illi ullam culpam huius reliqui debiti intuitu imputari, aut si qua sit, eam tamen legitimè purgatam & amotam esse, seu amoveri posse, ex superioribus planum est: Ut sic quoque diversitas qualitatis facti operetur diversam juris dispositionem, Jacob. Menoch *consil. 50. nu. 2. Joseph. Ludov. decis. Lucens. 44. num. 61. & 62.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

199 EX his † iam quoque liquet, quænã exceptiones, nempe non competentis actionis, & in factum non existentis conditionis, itemque nullitatis statim ab exordio controversiæ motæ, & ante litem contestatam ex d. auth. si qua mulier. & tenore obligationis obiici posse. Sunt enim hæ actiones peremptoriæ, & quidem litis ingressum impedientes, ut ex Bald. & aliis, *in dict. authent. si qua mulier. & Felin. in c. super his, num. 18. extr. de accusat.* aliis supra allegatis autoribus, manifestum est. Idque inprimis hoc nostro casu, quando incontinenti exceptio nullitatis, & non competentis actionis, ex d. authen. si qua mulier. competens probatur, & ex ipsa re notoria est. Tunc enim negotium eiusmodi peremptorias exceptiones penitus perimere, & agentem à limine iudicii præcludere, egregiè tradit Bart. ad *leg. ult. num. 3. ff. pro suo. Bart. & Jason. num. 16. & 17 ad l. nam posteaquam. ff. de jurejur gloss. & Costal. ad l. 3. § ibidem. ff. ad exhib. Philipp. Franc. num. 8. in c. 1. de litis contestat. in 6. Bald in l. fin. C. de edict. D. Hadr.*
200 *toll.* Quod si judex † has exceptiones reiecerit, & non attentis iis litis contestationem injunxerit, putandum est, eum existimasse, quod altiorem indaginem requirant, & sic litem contestari jussisse. *juxta Bart. Bald. Castr. Petr. Costal. in dicta lege 3. § ibidem. ff. ad exhib. per illum text. & l. ille à quo 13. §. quid ergo. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. Joh. Zanger. de except. part. 3. cap. 23. num. 11.* Ideoque nihilominus post litem contestatam, seu in hoc exordio litis contestandæ ac repetendæ sunt, in vim exceptionum peremptoralium actionem elidentium, ac defensionis robur habentium, juxta doctrinam prædictorum interpretum fundatam, *in d. leg. 3. § ibid. cum similibus.* Et cum satis de his, in præcedente conclusione dictum sit, plura non addo.

Prẹter has etiam plures aliæ exceptiones huic viduæ competere possunt: de quibus succinctè etiam agemus.

201 Primò † itaque occurrit exceptio excussionis. Nam quatenus cum marito Castri Quæstori se in hac causa obligavit, mera est fidejussio, sive intercessio, ut supra vidimus. Fidejussoribus autem excussionis beneficium ut prius non conveniantur, quam si debitor principalis, seu heres eius excussus sit, datum esse, patet *ex authent. præsente. C. de fidejussor. authent. hoc si debitor. C. de pignor. Andr. Gail. pract. observat. 27. num. 1. & sequentib. lib. 2.*

Quæritur ergò, sitne huic exceptioni hoc casu locus?

Id quidem negandum videtur. Disertè enim huic † beneficio, ut & divisionis, non simplici- 202
ter, sed benè certiorata renunciavit, *juxta ea, quæ tradunt gloss. in d. authent. præsente. & Nov. 4. cap. 1. verb. accedat. Hyppol. de Marsil. de fidejuss. num. 7. Anton. Gomez. 2. variar. resolut. num. 14. vers. 1. Modestin. Pistor. consil. 35. num. 26 lib. 1. Alexand. consil. 29. num. 34. libr. 7. Jacob. Thoming. in decis. quæstion. illust. quæst. 1. Andr. Gail d. observat. 27. num. 21. lib. 2. Wesembec. consil. 14. num. 12. & 13.* Nec enim † renun- 203
cianti juri suo datur regressus ad illud quod repudiavit, *l. nec is qui. 17. §. 1. ff. de acquiren. hereditat. l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædil edict. l. non videtur. ff. ne quid in fraud patr. l. postquam liti. C. de pact. l. fin. C. de remiss. pign. c. ex transmissa ext. de renunciat. Tib Decian. resp. 91. nu. 41. vol. 5. vers non potest nunc revocare. Joh. Pet. Surd. cons. 135. nu. 1.*

Secundò † electio reservata est D. B. A, ut in 204
eius sit arbitrio, à quo initium facere velit, & sic in solidum E. obligata est, absque ullius ordinis consideratione. *argumen. l. si quis stipulatus. 112. ff. de de verbor obligat.* Nisi enim hanc vim illa electio haberet, ut à solidi præstatione quisque eorum, quem ex confidejussoribus elegerit, se non possit liberare, sed statim teneretur solvere, nullius utilitatis hæc pactio foret, quod jura non permittunt, quæ singula verba aliquid operari, & cum virtute operandi singulari stare volunt, *gloss. in l. 1. ff. de pericul. & comm. rei vend. & in leg. 1. C. de pact. pign. Bald ad rubr. C. de contrahen. empt. & vendit. quæst. 9. Hyppolit. de Marsil. de fideiussor. num. 63. & 64.*

Quinimò vim constituti principalis debitoris hæc verba habent, & diserte se ut principalem constituit: Qui verò intercedentes se constituunt principales, Als selbst schuldige / ordinis beneficio non debent gaudere, *Johan. Zanger. de except. part. 2. cap. 15. de except. excuss num. 9. vers aut nisi se ut principales. per l. antique. 23. § 1 cum ibi notat. à Bald. C. ad Senatusconsult. Vellejan. & gloss in d. Nov. 4. de fideiuss. cap. 1. verb. fideiussorem. Marius Ant Natta in addition. ad Alex. consil 29. num. 36. lib. 7. in verb. simul. Andr. Fachin. lib. 8. contr. jur. cap. 54.* cum hoc beneficium non sit principalibus reis, sed pro iis fidejubentibus datum, *d. authent. præsente. C. de fidejuss.* & contractus legem ex conventione hac acceperit, *juxta l. semper in stipulationibus. ff. de reg. iur. l lecta. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. 1. §. si convenit. ff. depos.*

Tertiò † cessat quoque prædictum beneficiũ, 205
si notoriè constet, reum principalem (ut hoc casu Quæstoris filia unica est) non esse solvendo, quoniam in notoriis excussionis necessitas non requiritur, ob id, quod inanis ea sit, quam debitoris inopia excludit, teste Andr. Gail. *d. observat. pract. 27. num. 14.* ubi plures in hanc sententiam autoritates allegat, quibus accedit Corneus *cons. 151. num. 5. volum. 4. consil. 46. num. 13. volum. 2. Wesembec. d. cons. 14. num. 19. Barthol. Socin. reg. 134. in 5. limit. Anton. Gomez. tom 2. cap. 13 num. 14. Matth. Coler. part. 1. cap. 10. num 340. Valen. Franc. de fideiuss. cap. 5. num. 315. 316. 317.* ubi etiam † quomodo 206
notorium probetur, & quid illud sit, declaratur, inprimis à Gail. *d. observat. 27. num. 15. Natta con-*

Et satius est, verba otiosè posita esse, quam ut à juris tramite discedamus. Neque enim superflua
190 hæc sunt † verba, & inania, aut sine virtute operandi, si per se spectentur, ut & quoad reliqua beneficia, veluti ordinis, divisionis, itemq; Epistolæ D. Hadriani, quibus illa quoque, si cum effectu, *non obstante d. auth. si qua mulier.* obligari pro marito potuisset, uti potuisset, quia in subsidiū, *iuxta Anton. de Gamma d. decis. 366 nu. 7.* ut & in primipilari causa, *d. l. satis, C. in quib. caus. pign. tac. contr.* & tantum ut quilibet alius fideiussor obligata pro marito esset, & sic ut quilibet alius potuisset beneficiis fideiussoriis uti. Satis autem est, vel in unico aut altero casu verba operationem suā potuisse habere, ut superflua, & sine virtute operandi, non censeantur posita, licet exitu suo careant, secundum ea, quæ Tib. Decian. respondit, *in resp. 45. nu. 18. vol. 2.*

191 Circa † decimū tertium expeditum est, Quæstorem non exegisse, neque exigere potuisse illa reliqua, quæ in recessu isto continentur, ut supra deductum est, idque etiam ex eo probatur, quod locupletior non sit factus, sed longè deterioris conditionis ac fuit, ante susceptam quæsturam: ut ideo omnis facti præsumptio, ipsumque factū hic præsuppositum deficiat: ut cum jus in facto positum sit, & ex eo nascatur, *l. si ex plagis. 52. §. in Clivo. ff. ad l. Aquil. l. actionum. §. ex facto. ff. de action. & oblig.* deficiente qualitate facti præsupposita, deficiat quoque istius decisio, necesse sit. Et cum neque potuerit, neque debuerit etiam ipsi prohibente, & urgente bellico tumultu, ac annorum sterilitate, atque insigni calamitate à colonis cæterisque subditis ea quæ extant, exigere, prout supra deductum est, nulla ipsi culpa, *secundum Tib. Decian. resp. 47. num. 44. & 45. vol. 4.* sed, si qua est, A. imputabitur; habebitque hoc casu locum, quod dici solet: Qui causam damni dat, ipsum damnum dedisse censetur, *l. qui occidit. §. in hac. ff.*
192 *ad l. Aquil.* Quod si ergo † hoc, ut decet, ab E probari poterit, quod contra conventionis placita, ipsumque jus, quod est de publicis exactoribus tributorum, & quæstoribus constitutum, *in l. in fiscalibus. 6. & l. seq. C. de exact. tribut. lib. 10.* A. ad instantiam & preces subditorum dilationes concessit, & exigere prohibuit, exactionemq; in annum meliorem aliquem reservari voluit, nō poterit B. A. cum Quæstore eiusque heredibus, ne dum cum eius vidua, actio esse: Quæ cum supra sint satis confirmata, ea non repeto. Corruit hinc quoque, quod dici potest, officiales negligentes exigere debitores, teneri de proprio suo reficere ac resarcire: quia, ut dictum est, nulla culpa in Quæstore residet, qui necesse habuit superiori suo parere, & sic prævidere non potuit, quod vo-
193 luit, imo dici potest; postrema † creditoris mora nocebit, non Quæstori, eiusque viduæ, sed suo autori D. B. A. *l. semel. ff. solut. matrimon. l. illud. 17. ff. de peric. & comm. rei vend. ibi Petr. Costal. Bart. ad l. si per emptorem. §. ult. ff. de act. empt.* Et quod propterea maturius non discessit ab hoc officio, eo magis reus non est, cum nulla culpa in hoc sit, sed in illo, quod impeditus est officio suo fungi. Quæ culpæ causa, cum in ipso non resideat, sed in superiore suo: valdè iniqui essemus, si in ipsum pœnam, quam alius meruisset, transferre velimus, *contra l. sancimus. C. de pœn.* Deinde spes melioris fortunæ illum procul dubio detinuit, ut aliquando solidum exigeret, qua spe sæpè lactatus esse dicitur. Porrò † si qua hic culpa esset, ea æ- 194
què in Dn. B. A. observaretur, qui cū non ignoraret omnia, quæ tanquam recepta erant, registris erant inserta, non esse singulis trimestribus, vel singulis annis exacta, & tamen in eo Quæstori acquiescebat, nec etiam singulis annis finitis sibi iuxta tenorem principalis conventionis sub lit. A. satisfieri, vnd die Außlifferung geschehen/ curabat. Sic itaque culpa, si qua esset, cum culpa veniret compensanda. *iuxta l. viro atque. ff. solut. matrimon.* Quinimo hinc vehemens præsumptio suboriretur, Quæstorem rectè functum esse suo officio, eamque præstitisse diligentiam, quam potuerit & debuerit, *argumen. clem. unic. §. porro. de haret. c. faciat homo. 22. quæst. 2.* Deinde
qui † scit damnum dari, nec prohibet, cum possit, ipse fecisse censetur, eiusque scientia pro facto habetur, ac pro ratihabitione, *l. 1. §. 1. l. 5. ff. si fam. furt. fec. dic. & l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. vers. rectius itaque. ff. de nox. act. leg. non solum. in prin. & §. 1. ibi Bart. ff. de iniur. l. 2. § dolo autem malo. l. 4. § hoc autem edicto. §. sequ. ff. vi bon. rapt. Litem Mela. §. si alius tenuit. ff. ad l. Aquil.* Ut ideò hoc etiam retorqueri in D. B. A. possit, quod dicitur, culpæ reum esse, qui impedimentum non amovet, cum possit. *l. qui potest facere. ff. de reg. iur. cum similib.* 195

Siquidem si hoc, quod in facto præsupponitur, legitimè probari poterit, manifestum esset futurum, B. impedimentum exigendi tributa & reditus, cum potuisset, non tantum non sustulisse, sed etiam auxisse, & sic in manifesta culpa deprehenderetur, ut quod damnum sua culpa sentiret, sibi non alii imputaret. *Hyppol. de Marsil. singul. 350. num. 1.* Tantò minus igitur ex eo aliqua culpa in uxorem defuncti Quæstoris redundabit: ut quæ hoc facere non tenebatur, & quamvis conata fuisset, frustrà laborasset, *argumen. d. l. 2. ff. de reg. iur.* cum neque uxores oporteat in maritos imperium sibi sumere, sed illud maritorum sit, *arg. l. 2. ff. de iniur. Bald. in l. 1. C. de bon. qua lib. & in l. si uxor. C. de cond. insert.*

Decimi quarti infirmitas ex superioribus liquet, satisque omnis præsumptio sinistra, si qua esset, per supra deducta, & probationem sæpius dictæ inhibitionis & impedimenti eliderctur. Deinde † Hieron. Schurff, *d. cons. 65. num. 7. vers. & in quolibet. cum Bart. in d. l. 1. §. officio. de tut. & ration. distrah.* non absolutè hoc statuit, sed ex hypothesi, nempe, si administrator ille librum rationum non confecit, aut repertorium non conscripsit, aut simile quid fecit, vel omisit, quod sui erat officii: ut ita ex facto suspecto præsumtio oriatur. Aliàs regulariter officiales præsumuntur debitam in his, quæ officii sui sunt, diligentiam adhibuisse, præsertim iurati, *ut supr. ex Tib. Decian. respon. 2. num. 215. volum. 1. Francisc. Bursat. cons. 331. num. 9. & consil. 387. num. 3. cum similib. allegatis probatum est.* 196

Decimum quintum † satis quoque enervatur per superiora; maximè cum hæc potissimum causa sit, cur *d. authent. si qua mulier.* locum habeat, quia mutua vice fidejusserant: quod jus illud fieri noluit. Cum itaque jura illa in majore 197

propo-

propositione allegata procedant, ut omnia alia, cæteris paribus, hoc est, præsupposita facti habilitate, utique ea hic propter defectum huius habilitatis, obtinere non possunt.

198 Sic & postremum † locum inveniret, si culpa Quæstoris huius aperta esset, aut si esset, non haberet, quo plenè excusaretur, & eliderettur. At non posse illi ullam culpam huius reliqui debiti intuitu imputari, aut si qua sit, eam tamen legitimè purgatam & amotam esse, seu amoveri posse, ex superioribus planum est: Ut sic quoque diversitas qualitatis facti operetur diversam juris dispositionem. Jacob. Menoch. *consil. 50. nu. 2. Joseph. Ludov. decis. Lucens. 44. num. 61. & 62.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

199 Ex his † iam quoque liquet, quænā exceptiones, nempe non competentis actionis, & in factum non existentis conditionis, itemque nullitatis statim ab exordio controversiæ motæ, & ante litem contestatam ex d. auth. si qua mulier. & tenore obligationis obiici posse. Sunt enim hæ actiones peremptoriæ, & quidem litis ingressum impedientes, ut ex Bald. & aliis, *in dict. authent. si qua mulier. & Felin. in c. super his, num. 18. extr. de accusat.* aliis supra allegatis autoribus, manifestum est. Idque inprimis hoc nostro casu, quando incontinenti exceptio nullitatis, & non competentis actionis, ex d. authen. si qua mulier. competens probatur, & ex ipsa re notoria est. Tunc enim negotium eiusmodi peremptorias exceptiones penitus perimere, & agentem à limine iudicii præcludere, egregiè tradit Bart. ad *leg. ult. num. 3. ff. pro suo. Bart. & Jason. num. 16. & 17 ad l. nam posteaquam. ff. de jurejur. gloss. & Costal. ad l. 3. §. ibidem. ff. ad exhib. Philipp. Franc. num. 8. in c. 1. de litis contestat. in 6. Bald in l. fin. C. de edict. D. Hadr.*

200 *toll.* Quod si judex † has exceptiones reiecerit, & non attentis iis litis contestationem injunxerit, putandum est, eum existimasse, quod altiorem indaginem requirant, & sic litem contestari jussisse. *juxta Bart. Bald. Castr. Petr. Costal. in dicta lege 3. § ibidem. ff. ad exhib. per illum text. & l. ille à quo 13. §. quid ergo. ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Joh. Zan*ger. de except. part. 3. cap. 23. num. 11.* Ideoque nihilominus post litem contestatam, seu in hoc exordio litis contestandæ ac repetendæ sunt, in vim exceptionum peremptoralium actionem elidentium, ac defensionis robur habentium, juxta doctrinam prædictorum interpretum fundatam, *in d. leg. 3. §. ibid. cum similibus.* Et cum satis de his, in præcedente conclusione dictum sit, plura non addo.

Præter has etiam plures aliæ exceptiones huic viduæ competere possunt: de quibus succinctè etiam agemus.

201 Primò † itaque occurrit exceptio excussionis. Nam quatenus cum marito Castri Quæstori se in hac causa obligavit, mera est fidejussio, sive intercessio, ut supra vidimus. Fidejussoribus autem excussionis beneficium ut prius non conveniantur, quam si debitor principalis, seu heres eius excussus sit, datum esse, patet *ex authent. præsente. C. de fidejussor. authent. hoc si debitor. C. de pignor. Andr. Gail. pract. observat. 27. num. 1. & sequentib. lib. 2.*

Quæritur ergò, sitne huic exceptioni hoc casu locus?

Id quidem negandum videtur. Disertè enim huic † beneficio, ut & divisionis, non simpliciter, sed benè certiorata renunciavit, *juxta ea, quæ tradunt gloss. in d. authent. præsente. & Nov. 4. cap. 1. verb. accedat. Hyppol. de Marsil. de fidejuss. num. 7. Anton. Gomez. 2. variar. resolut. num. 14. vers. 1. Modestin. Pistor. consil. 35. num. 26 lib. 1. Alexand. consil. 29. num. 34. libr. 7. Jacob. Thoming. in decis. quæstion. illust. quæst. 1. Andr. Gail d. observat. 27. num. 21. lib. 2. Wesembec. consil. 14. num. 12. & 13.* Nec enim † renuncianti juri suo datur regressus ad illud quod repudiavit, *l. nec is qui. 17. §. 1. ff. de acquiren. hereditat. l. quæritur. §. si venditor, ff. de ædil edict. l non videtur. ff. ne quid in fraud patr. l. postquam liti. C. de pact. l. fin. C. de remiss. pign. c. ex transmissa ext. de renunciat. Tib Decian. resp. 91. nu. 41. vol. 5. vers non potest nunc revocare. Joh. Pet. Surd. cons. 133. nu. 1.* 202 203

Secundò † electio reservata est D. B. A, ut in eius sit arbitrio, à quo initium facere velit, & sic in solidum E. obligata est, absque ullius ordinis consideratione. *argumen. l. si quis stipulatus, 112. ff. de de verbor obligat.* Nisi enim hanc vim illa electio haberet, ut à solidi præstatione quisque eorum, quem ex confidejussoribus elegerit, se non possit liberare, sed statim teneretur solvere, nullius utilitatis hæc pactio foret, quod jura non permittunt, quæ singula verba aliquid operari, & cum virtute operandi singulari stare volunt, *gloss. in l. 1. ff. de pericul. & comm. rei vend. & in leg. 1. C. de pact. pign. Bald ad rubr. C. de contrahen. empt. & vendit. quæst. 9. Hyppolit. de Marsil. de fideiussor. num. 63. & 64.* 204

Quinimò vim constituti principalis debitoris hæc verba habent, & diserte se ut principalem constituit: Qui verò intercedentes se constituunt principales, Als selbst schuldige / ordinis beneficio non debent gaudere, Johan. Zanger. *de except. part. 2. cap. 15. de except. excuss num. 9. vers aut nisi se ut principales. per l. antique. 23. § 1. cum ibi notat. à Bald. C. ad Senatusconsult. Vellejan. & gloss in d. Nov. 4. de fideiuss. cap. 1. verb. fideiussorem. Marius Ant Natta in addition. ad Alex. consil 29. num. 36. lib. 7. in verb. simul. Andr. Fachin. lib. 8. contr. jur. cap. 54.* cum hoc beneficium non sit principalibus reis, sed pro iis fidejubentibus datum, *d. authent. præsente. C. de fidejuss.* & contractus legem ex conventione hac acceperit, *juxta l. semper in stipulationibus. ff. de reg. iur. l lecta. ff. de reb. cred. si cert. petat. l. 1. §. si convenit. ff. depos.*

Tertiò † cessat quoque prædictum beneficiū, si notoriè constet, reum principalem (ut hoc casu Quæstoris filia unica est) non esse solvendo, quoniam in notoriis excussionis necessitas non requiritur, ob id, quod inanis ea sit, quam debitoris inopia excludit, teste Andr. Gail. *d. observat. pract. 27. num. 14.* ubi plures in hanc sententiam autoritates allegat, quibus accedit Corneus *cons. 151. num. 5. volum. 4. consil. 46. num. 13. volum. 2. Wesembec. d. cons. 14. num. 19. Barthol. Socin. reg. 134. in 5. limit. Anton. Gomez. tom 2 cap. 13 num. 14. Matth. Coler. part. 1. cap. 10. num 340. Valen. Franc. de fideiuss. cap. 5. num. 315. 316. 317.* ubi etiam † quomodo notorium probetur, & quid illud sit, declaratur, inprimis à Gail. *d. observat. 27. num. 15. Natta con-* 205 206

 sil. 275.

fil.275.num.1.Joseph.Mascard. vol. 2. de probat. concl. 1108.*Valen.Fran.de fideiuss.d.cap.5.num.*308.*& seqq.* nempe fama vicinorum, quib. debitoris inopia, (ut & hoc casu) nota est, vel si exploratio apud familiam & alios, aut circa res, quas possidet, instituatur, imò sufficit saltem ex præsumptionib. & coniecturis constare, principalem solvendo non esse, *Grat.cons.62.col.fin.vol.2.* W*esemb.cons.*10 *num.* 37.

207 Quartò, † quando bona Rei principalis apud fidejussorem sunt, exceptionem excussionis non admitti, *tradidit Barb. ad c. pervenit. extr. de fideiuss. & Capella in decis. Tolos.* 196. *per l.si procuratorem.§.si ignorantes.ff.mandat.* Sed sic est, E. mariti bona defuncti omnia apud se habere dicitur. Frustrà igitur hac exceptione utitur.

208 Quintò, in † facti promissionibus fideiussor excussionis beneficio non iuvatur, *Modest. Pistor. consil.1.num.*50.*tom.*2. Hic autem in facti promissionibus versamur, exigere tributa, datia & reditus administrare, & diligentiam adhibere: pro his enim factis interventio contracta est.

209 Sextò, si † causa, de qua quæritur, ex æquo & bono decidenda sit, huic exceptioni non est locus, quia censetur de apicibus & rigore juris esse, *gl.in l.si mancipium.§.1.ff de evict.Petr.Costal.ad l.si fideiussor.29.§. quædam.ff.manda. Aym.Crav. cons.* 263.*nu.*1. ut ita in his, quæ ex æquo & bono sunt determinanda non attendatur, *per d. l.si fideiussor. §.quædam, ibi gl.& l.si non cognitio. C. si contra jus vel util.publ. ubi Ant.de Padilla And.Gail.d.obs.27.nu.26 Hart.Pist.lib.quæst.iur. 6.nu.* 30. *Valent. Franc. de fideiuss.d.cap* 5.*n.*393.*& seqq.* qui ibidem *n.* 396.*ut & Gail d.obs*27.*nu.*27. ex eo colligunt, in foro mercatorum hanc exceptionem ideo locū non habere, quia causa eorum ex æquo & bono in foro

210 mercuriali decidendæ sunt. Hic † autem contractus eiusmodi est, ut ex æquo & bono procedat ac decidi debeat, cum habeat clausulam, dolum malum abesse, abfuturumque, alles trew / sonder Argelist / cuius clausulæ ea vis esse putatur, ut ex contractu stricti iuris conficiat contractum bonæ fidei, ac qui ex æquo & bono dijudicari debet, W*esemb.ad §.actionum.n.* 1. *Instit.de action.ex Bald. consil.*343 *lib.* 1. *per l.hoc iure.*152. *§.final. ff. de regulis iur.*

Hoc enim contrahentes ea actione cavent, quod bona fide velint omnia fieri, non tergiversari, neque scrupulosa effugia quærere, *l.doli clausula, l.ex ea parte.ff. de verb. oblig.* Ergò nec hic E. ea utetur exceptione.

211 Septimò, † maritus & fœmina in hac conventione sunt duo rei principales, ut in exordio eius & passim videre est. Sed inter duos reos cessat excussionis beneficium, etiamsi ei specialiter renunciatum non sit, *secundum Duenn. reg.*335.*limit.* 19.*per auth. hoc ita.C.de duob.reis, & gloss. in d. auth. præsente.* Valen.Fran.*d. cap.* 5. *nu.* 422.

212 Octavò, † non hæres S. sed ipsemet, qui iam defunctus est, in mora constitutus fuit, quando exigenda non exegit, solvenda non solvit, nec id fecit, quod facere promiserat. At quando debitor principalis iam in mora constitutus è vita discessit, fideiussor hanc exceptionem frustra expetit contra heredem debitoris. *ut ex gloss. in l. si plures. & Bald. nu.* 24. *Duenn. dict. reg.* 335. *limit.*12. *& alii quibusdam probat Valentin. Franc. d. capite* 5. *num.* 424.

Nonò, † fideiussor succedens debitori principali, frustrà quoque hoc auxilium implorat, *per l. fideiussoris* 24. *C.de fideiussor. leg. debitori. C.de pact. l. si reus.* 13. *ff. de duobus reis, l. si duo.* 39. *in princip. & fin. ff. de solut. Hyppol. de Marsil. de fideiuss. ad rubr. nu.*20. 213

Sed hæc vidua marito suo iure consuetudinis F. successisse creditur, & quidem ita, ut omne æs alienum mariti solvere teneatur. Quare hoc etiam beneficium frustrà implorare dicenda est.

Sed his non attentis, magis est, ut dicamus, imò exceptione excussionis, sive ordinis E. uti, & statim ab initio opponere nō minus posse, quàm etiam post litem contestatam eandem repetere, si, ut dictum est, iudex altiorem habere indaginem arbitratus fuerit, *per d. l.* 3. *§. ibidem, cum ibi annotat.* præsertim † cum plurimi sint, qui existimant hanc exceptionem non minus post litem contestatam, quàm ante eam quoque usque ad conclusionem opponi posse, *gloss. final. in fine, ad leg.* 3. *ff. de exception. Bald. numer.*3 *Salycet. num.* 16. *Castr. num.* 3. *ad l.* 2. *C. eod. Cravett. consil.* 26. *numer.*5. *Emanuel. Soarez. in thesauro commun. conclus. verb. fideiussor ordinis. num.* 137. *Guido Papa decision.* 431. *num.* 10. imò etiam post latam sententiam, *secundum Jason. in §.item si quis in fraudem. num.* 81. *Institut.de action. Corne. consilio* 85.*colum.* 1.*volum.*]4. *Anton. Gabriel. libr.* 3. *commun. conclus.* 1. *num.* 10. eamque sententiam benigniorem, & æquitati magis amicam iudicat Andr. Gail. *practic. observation.* 27. *num.* 3. *lib secundo. & Zanger. de exception. part.* 2. *capit.* 5 *numer.* 3. *versicul. fateor tamen, numer.* 4. *& sequen. Andr.Fachin. libr.* 8. *controvers. iur. capite* 56. 214

Uti autem posse hac exceptione, ex eo constat, quod hæc fœmina ex sua persona principaliter obligata esse non potest de administratione ipsamet, sed tantum de damno, quod suo vel mariti dolo vel culpa datum castro fuerit, ut supra, tum ex tenore obligationis, & natura ac conditione principalis negotii, tum etiam *ex d. l.* 2 *ff. de reg. iur.* cum similibus probatum est. Inde enim manifestum † redditur, quatenus pro marito intercessit, non immediatè & simpliciter fideiussisse, sed promittendo indemnitatem, *argum. l.* 2. *verb. in id, quod tutor vel curator debiturus sit. C. de fideiuss. tutor. Bart. in l.* 1. *versic. nam hic fideiussit. C. de conveniend. fisci debitor. lib.*10. *sub conditione, si quid damni castro illatum esse appareat. l. Lucius Titius.* 21. *§.* 1. *verb. propter damnum Reipubl. satisfacere debere. ff. ad municipal. l.* 2. *verb. damnum, quod ex cessatione accid isset. leg. quicquid.* 7. *C. arbitr. tutel.* Nam † eiusmodi expromissorem conditionalem, propriè & simpliciter non esse fideiussorem, sed indemnitatis promissorem, egregiè probant Castrens. *num.* 2. *&* 3. *Jason. num.* 1. *Zas. num.* 3. *versic. collige ex textu. ad l. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet. per d. l.* 1. *C. de conven. fisc. debit. lib.*10 *& text. in d. l. fin. & l.* 1 *in prin. & § si magistratus. ff. de magistr. conveniend. & in leg.* 2. *§. sed si filius. versic. pater verò ita. leg. libertus* 17. *§. final. ff. ad municip.* in subsidium scilicet obligatum. *Zas. d. num.* 3. *Jason. d. num.* 1. *& alii. in d. l. fin. Bald. ad leg. penult. num.* 24. *C. de condit. insert.* Quique pro † fisci vel Reipublicæ debitoribus intercedunt, solent ut plurimum esse indemnitatis fidejus- 215 216 217

dejussores, seu subordinati promissores, ut colligitur ex d.l.1. & ibi Bart. C.de conven.fisc.debit.lib.10. Zas.in l periculum.35.nu.4.6.& 7. & d.l.fin.ff.de reb. cred.si cert.pet.facit l.1.in fin.C.de decur.lib.10. ibi gloss. & Doctor. l.curatores.3. §.fin.ibi Alex ff.de adminiſt.ad civitat pertin. ac tales in dubio videntur censendi, per d.l.curatores.3 §.fin.in fin. in verb. videlicet postquā res ab eo servari non potuerit, pro quo intercessit.d.l.1.C. de decur.lib 10.nu.1. plurimi existimabant, speciale esse in fidejussore quolibet officialium, etiam simpliciter accepto, ut conveniri non possit, nisi principali excusso, etiamsi de bonis principalis

218 aliqua bona emerit. Quod † sæpe ex eo probabile videtur, quod olim ante Novell 4. de fidejussor. & auth.præsente.C.de fidejuss. liberum fuit recte à fidejussoribus simpliciter acceptis initium facere, principali nondum discusso, l 3.l.5 l.si alienam.19. l.sicut eligendi.21.l.reos.23. C.de fidejussor. Attamen

219 in † d.l.1 C.de decur.lib 10 d.l.1.& l.2.C.de conven fisc. debitor.lib.10.d.l.3.§.fin.de adminiſt.rer.ad civit pertin. d.l.2.§.sed si filius.d.l.libertus.17.§ fin ff.ad municipal. l.fidejussores.68. de fidejuss. cum similib. respondetur, fidejussores magistratuum, administratorum civitatum & officiariorum, ac debitorum fisci non conveniri posse ante reos principales, sed iis demum excussis, & quando constat, quid & quantum fiscus vel Respub. ex bonis eorum consequi non possit. Idq; etiam Roderic.Soarez. in lect.ad leges fori lib.2 tit.de comperendina,§.quæritur.nu.9.& seqq. ubi ex prædictis, inquit, in foro unum satis notandum, quod si aliquis fidejubet pro aliquo officiali publico autoritate & utilitate, iste fidejussor non potest conveniri, nisi excussione præcedente, dato, quod renunciasset beneficio de fi-

220 dejussoribus. Et † certe tanto magis hoc nostro casu credendum est E. pro marito non simpliciter, sed in subsidium & subordinate fidejussisse, ne videatur se una cum marito principalem constituisse ejus rei, cujus non poterat in ipsa existere primordialis & principalis obligatio, sed tantum subordinata, seu subsidiaria, ut per d.l.2.de regul.jur. cum similibus in resolutione primæ quæstionis dictum fuit. Ejusmodi autem subsidiarium administratorem vel debitorem revera indemnitatis esse, patet ex iis, quæ Zasius notat ad d.l.periculum.35.nu 4.& 6.& d.l.fin.nu.3.8 9.& 10. ff.de reb.cred.si cert.pet. Pro quo etiam facit l 3.versic.ut prius ex bonis exactoru. C.de conven.fisc.debit.lib.10. & quod gloss. in d.l.periculum. & in l.1.§ nunc tractemus. ff.de tutel.& ration.distrah. & in l.1.C.de transact. nec non ibidem Bart. Bald.Jas. Cyn Castr. & reliqui Doctores omnes tradunt, distinguentes inter plures officiales vel tutores, quorum quidam administraverunt, quidam non; nam primum illi, qui administraverunt conveniendi & executiendi sunt; post eorum fidejussores, & tandem ad eos, qui non gesserunt, seu administraverunt; de quibus etiam Zas.in d.l.periculum.num.6.7.post Jason. Sic & hic maritus administravit, & quidem solus, quia debuit, cum ex lege contractus sub litera A. tum secundum jura propter d.l.2.ff.de regul.jur.

221 Certum † autem est, subsidiariũ & indemnitatis fidejussorem, etiamsi beneficio ordinis sive excussionis renunciasset, non tamen posse ante reum principalem conveniri: idque non solum Roder. Soarez. d.loc. sed & Bart. Bald. Jas. in princ. in versic.& propterea infert Angel. num.3. Alciat. Zas.num.5. Castr.num.3. ad d.l.fin. ff.de reb.credit.si cert.petat. Bart.in d.l.1. C.de conven.fisc.debitor. lib.10. & Petr. Costal.in d.l.fin.versic. plus etiam dicitur, inquit, hunc fidejussorem non posse renunciare privilegio discussionis: ante enim non debet, per d.l.1. & ibi Bart. Accedit Alexand. consil. 29.num.34.volum.2. Hyppol.de Marsil.ad rubr.de fidejussor. num.314. Corneus consil.109.num.7. volum.5. Felin. in c.ex rescripto. extr.de jurejur. Andr.Gayl.observat.27.num.13.lib.2.pract.observat. Emanuel.Soarez. in thesaur.commun.opinion. verb.fidejussor. num.138. Valent. Francisc. in tract.de fidejussor.cap.5.num 169.

Quod † adeo verum credit Zas. in d.l.fin.nu.8. ut 222
ne quidem jurejurando renunciatio facta teneat, quia juramentum intelligitur & exauditur secundum materiam subjectam. l.fin.C.de non numer.pecun. nec conditio ejus, quæ huic fidejussioni natura inest, purificari potest ante factam excussionem: tametsi Bald. in c.ex rescripto. extr. de jurejurand. argum. illius text. diversum sentiat, quem & Petr. Costal. in d.l.fin. sequitur. Verum si paulo pensius textus d.c.ex rescripto. ponderetur, id non probat. Itaque idem Bald. hac in parte sibi ipsi contrarius ab ea opinione discedit ad rubr. C.de rer.permutat. & priorem sententiam veriorem judicat, quam & Zas. sequitur d.num.8.in d.l.fin. communiq; calculo hanc receptam esse testatur Eman. Soarez. in thesauro receptar. sentent. verb fidejussor.num.139. post Alciat.in d.l.fin. & Felin. in d.c.ex rescripto.

Qua de causa, etsi renuntiasse videtur certiorata huic exceptioni, ex conditione tamen & natura hujus negotii non debet impediri, quin ea cum effectu utatur.

Idque † hoc casu propterea quoque ad- 223
mittendum est, quod nondum conditio conventionis extitisse constat, nempe, utrum etiam aliquid & quantum debeat quæstor D. B. A. Siquidem id omne, aut certe maxima pars reliquorum, quæ calculi subductione & dispunctione facta apparuerunt, à subditis non est exacta, sed adhuc debetur. At prius illi excutiendi sunt, qui reliqua debent, quam ad executorem, seu quæstorem ipsum perveniatur, per text. expressum in d.l.1. C.de conven.fisci debitor. lib.10. Eos, inquit, Imp. priore loco conveniri, qui reliqua contraxerunt; mox ad vos, &c. Reliqua enim sunt, quæ debita manent post factam rationū dispunctionem, l.qui nominibus.44.ff.de administrat.tutor. l.Lucius Titius.53.ff de testam.manum. l.6.§ fin. l.Sticho.40.§ argentarius.ff.de statu liber.l. constitutionibus.ff. ad municipal. l.penult.§.conductores. ff.de jure immun. Qui igitur hæc reliqua contraxerunt, hoc est, primordialiter debent, omnium primi excutiendi sunt. Quod vel inde eo verius est, quod nec de culpa defuncti mariti aliter, quam discussis illis ærarii debitoribus apparere quid certi potest.

Quibus † diligenter ponderatis, non obstant 224
ea, quæ dubium nobis facere videbantur. Nam quod primum de renunciatione est, hic locum non habere, modo ex Bartol. in d.l.1. Bald. Jas. Alciat. Dec. Zas. Petr. Costal. in d.l.final. Emanuel. Soarez. d.verb.fidejussor.num.138.& 139. Gayl. d.observat.27.

vat. 27. num. 13. Felin. in d. cap. ex rescripto. multisq; aliis apparuit, qui omnes negant, posse fidejussorem indemnitatis ordinis seu excussionis beneficio renunciare: reluctante natura ac conditione ejus promissionis. Quod autem hæc non sit simplex fidejussio, sed intercessio indemnitatis: primo, ex natura negotii principalis: secundo, ipsa conventione: tertio, promittentis conditione: & quarto, legum suffragio jam demonstratum est.

Sic & alterum, quod in simplici fidejussione locum habere potest, refutatur. Deinde, etsi verba in contractu posita videntur E. principalem contrahentem non minus, quam maritum designare; si tamen totum negotium ejusque substantiam & finem consideremus, liquido patet, mariti negotium principaliter contractum esse; uxorem vero intercessisse pro marito, & revera sustinere fidejussoris partes, se suaq; bona pro marito obligantem, cui ideo minor fides habebatur, quod immobilibus eo loci carebat; uxor autem locuples erat, & latafundia ibi possidebat, ut in resolutione primæ quæstionis vidimus. Præterea non caret lite eorum sententia, qui contendunt, principales se pro aliis constituentes, selbst schüldige Bürgen / carere beneficio excussionis: etenim ab horum, & quidem paucorum, sententia per diversam sententiam ab universis prope discessum est, nempe etiam his exceptionem excussionis dandam esse, *juxta gloss. in d. Novell. 4. de fidejussor. cap 1. verb. fidejussorem. ibi Azo num. 6. Alexand. in Apostill. ad Bart. in Rubr. judicat. solv. versic. quærit Dynus. idem Alexand. in l. ubi autem. §. illud. num. 4. ff. de verbor. obligat. Castrens. ad l. in personam. §. 1. num. 2. ff. de pact. & in l. sed Julianus. num. 1. & 3. ff. ad Senatusc. Macedon. Guido Pap. singul. 604 num. 2. Cynus num. 6. Salycet. num. 5. ad d. auth. præsente. C. de fidejussor. Aretin. ad §. si plures. in fin. Instit. de fidejussor. ibid Joan. Schneidvv. num. 11. Modest. Pistor. consil. 1 num. 49. volum. 1. Wesemb. consil. 14. num. 12. Capell. Tholoss. decis. 80. Anton. Gabriel. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num. 29. Andr. Gayl. observat. pract. 28 lib. 2. Ernest. Cothm. respons. 22. num. 6. 7. 8. & seqq. volum. 1.* Ut ideo tanquam communiori tutius sit inhærendum: ma-
225 xime, † cum utrobique conditio fidejussorum & constituentium æquiparentur, *gloss. in d. auth. præsente. & gloss. in d. Novell. 4 cap. 1. de fidejuss. Zas. in fin. in §. de constituta. Instit. de action. Joan. Schneidvv. in §. in personam. num. 28. & 29. Instit. eod.* ubi aliud in specie non reperitur cautum, *gloss. in l. si remunerandi. 6. §. si passus. ff. mandat.* Tantum autem abest, ut inter constituentem alienam obligationem & fidejussorem aliqua sit differentia, quoad beneficium ordinis, *ut in d. Novell.* 4. quoad id per omnia parificentur: imo nominatim generalitate sua, idem de iis, quod de fidejussoribus caveat, *ut recte docuit Zas. in fin. ad d. §. de constituta. &*
226 *Schneidvv. d. num.* 29. Denique † taciti non potest esse major potentia, quam expressi, ut notant Doctores *ad l. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. & ad l. 2. l. 3. colum. 4. ff. de pact. Tiber. Decian. respons.* 31. *num.* 27. *volum.* 1. imo minus operatur, quam expressum, *l. precibus. ubi Doctor. C. de impub. & aliis substit. Bart. in l. ult. in princ. ff. de legat. 2. gloss. in l. cum duobus. § socium. §. omnium. ff. pro soc. Tiber. Decian. respons. 73. num. 35 volum. 2.* At nec expressæ renunciationis effectus is in hac causa esse potest, ut tollat hoc privilegiũ, uti modo probatum est. Ergo nec tacita illa, quæ ex facultate electionis colligi vult.

Circa † tertium negatur notorietas; cum 227
quisque præsumatur idoneus & solvendo, donec contrarium doceatur, *l. si creditores. 5. in fin. ff. de separat. l. si defunctus. 10. C. arbitr. tutel. gloss. in l. 5. § qui pro rei. ff. qui satisdar. cog. l. sive possidetis. C. de probat. Hostiens. Joan. Andr. Panorm. in c. 1. in fin. extr. de scrutin. in ordin. facien. Fulvius Pacian. lib. 1. de probat. c. 54. num. 20.* Deinde, quia nondum excussi sunt, qui reliqua contraxerunt, hoc est, debent, ut ita nondum possit constare, utrum solvendo sint, nec ne. Rursum † non satis est, in hac quæstione a- 228
liquid notorium dici, vel esse, nisi etiam doceatur à creditore, quod revera notorium sit: ut allegati autores indicant; ideoq; modos probandi notorium describunt. Denique quamvis notorium sit, tamen neque hoc sufficit, nisi super eo sententia declaratoria intercedat judicis, *Panorm. ad c. porro in 1. notab. extr. de divort. Valent. Franc. de fidejussor. cap. 5. num. 341. per c. cum dilectis. versic. his igitur. versic. cum nimirum si crimen notorium, &c. extr. de purgat. canon.* ubi etiam Decium *in l. fin. de reb. credit.* & Ant. Gabriel. *d. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num.* 54. ejusdem sententiæ approbatores laudat. Quæ cum omnia hic absint, nec adesse ostendatur, nihil prætensa notorietas obstare potest.

Quarti † minor negatur: cum multo plura 229
bona E. alienaverit, quam ille ad eam attulerit, ut in facto proponitur: ut si quæ adhuc supersunt, eaq; illa apud se habeat, potius jure retentionis sibi possideat, quam ut ex iis creditoribus mariti satisfacere teneatur: cum his omnibus adeoque castro huic non solum causæ, sed & temporis privilegio vallata longe præferri debeat, *per d. l. in rebus. C. de jure dot. d. l. in assiduis. C. qui pot. in pign. l. 1. C. de privil. fisc.* de qua re fortasse plura in tertiæ quæstionis resolutione. Deniq; † major illa propositio ita demum se habet, si non aliam ob causam 230
res apud fidejussores sint, & quidem ita, ut nec ipsi fidejussores ex aliis causis possint videri potiores creditoribus replicantibus: quod & ratio æquissima dictat.

Quintum † procedit, & verissimum est, ubi 231
de mero facto quæstio est: cum ad factum nemo præcise cogatur; sed eo non præstito, succedat obligatio ad id, quod interest, *§ fin. ubi Doctor. Instit. de verb. oblig. l. quatuor. 30. § fin ff de leg. 3. l. si quis. 13. § fin. ibi Bart. Jas. Duar. Castrens. Bald. Alex ff. de re judic. Bart. in l. unic. quæst. 4. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. Bald. ad l penult. C. de condit. insert. l. 2. l. 3. l. 4. ubi Doctor. omnes l stipulationes non dividuntur. versic. Celsus. ibi Castr. l. si insulam. 84. cum similib. de verb. oblig.* At hic non factum merum, sed mixtum in stipulationem deductum est, magis in dando, quam faciendo consistens: imo dandi stipulatio contracta est, nempe ejus, quod damni datum fuerit, quam stipulationem dandi esse, *per d. l. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet. d. l. 1. de conven. fisci debit. lib. 10. Zas. in d. l. periculum. ibid. Jas. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. stipulatio ista. 38. §. si quis dolum. d. l. stipulationes non dividuntur. 72. §. si quis ita. ff. de verbor. obligat.* palam redditur.

Ad

232 Ad † sextum respondetur, negando, quod
hæc exceptio sit de apicibus & rigore juris, qua-
tenus is, qui eam opponit, certat de damno vi-
tando, & sic vim peremptoriæ exceptionis ha-
bet; sed tantum quatenus est de ordinis præpo-
steratione, hoc est, mere dilatoria, ut exceptio
procuratoria, judicij substantiam non afficiens,
*juxta l.exceptione. C.de probat. l.exigendi. ubi Jas. C.de
procurat. cum qua gloss. & interpretes eam conferunt in
d.l.si fidejussor.29 §.quadam. Alexand.consil.114.in fin.
volum.6. Boer. & alii.* ut ita eorum assertio secun-
dum quid, non simpliciter, procedat. Nam si in
vim peremptoriæ opponatur, non est dubium,
quin sit de æquitate, *per l. Moschis. verb. æquum pu-
tavit. ff.de jure fisc. & quæ à Zasio post Dec. Castr. Jas. &
alios in d.l.fin. ff.de reb.credit.si cert. pet. sunt cumulata,
Menoch.de arbitr judic. quæstio. lib.1. quæst. 51. num.7.
& seqq.* Qua distinctione etiam utitur Aym.Cra-
vett.*d.consil. 263. num. 1. versic.ad hanc difficultatem.*
ubi plures alios ejusdem distinctionis autores al-
legat, veluti Corne. Castr. Crot. &c. & quamvis
ibidem *in versic. sed præmissa dubitabilia, &c.* plera-
que moveat, cur dubitari possit de veritate hu-
jus distinctionis, tamen *num.3. & seqq.* ea egregie
refutat, & late ostendit, hanc exceptionem o-
mnino de æquitate juris esse, & in naturali ratio-
ne omnis æquitatis fonte fundatam, præsertim
quando interesse opponentis in ea agitatur, & sic
vim perimendi habet. Quod cum ita sit, eadem
distinctione hic erit utendum, cum E. quam ma-
xime certet de damno vitando, & interesse suo,
ne indebite & contra naturam promissionis suæ
233 gravetur. Deinde † prædicta consideratio pro-
cedit, ubi de simplici & plano proceditur, ut in
foro mercatorum: at in eo foro non versatur
hæc causa. Sed & id, quod dicitur, contractum
stricti juris per doli mali clausulam fieri bo-
næ fidei, lite non caret; imo plane exploditur,
*per l. si id quod aurum. l. stipulatio ista. 38. §. si quis do-
lum. l.doli.119. l.ex ea parte.121. ff.de verbor obligat. l.
verba.69. cum ibi annot. ff.de verbor.signific.* Quibus
ex locis hoc evidens est, non cessare propterea
vel mutuum, vel quem alium stricti juris con-
tractum, imo ne quidem stipulationem ipsam
stricti juris esse, quod doli mali stipulatio, sive
234 clausula subjecta sit. Deinde, † si ea sententia
vera esset, falsissima esset illa, qua certus ab o-
mnibus bonæ fidei actionum statuitur nume-
rus, *in §. actionum. Instit. de action.* cum longe plu-
res extarent, & quotidie fierent, quam ibi enu-
235 merantur. Nec † etiam divisio illa actionum,
qua aliæ bonæ fidei, aliæ stricti juris distinguun-
tur, jure dici posset substantifica, sive ab adjun-
cto substantifico, & inhærente essentiali, seu pro-
prio, ut eam esse docent Angel. Zas. Mynsing. &
236 alii *in d. §. actionum.* Propria enim, † sive sub-
stantifica, seu formalia adjuncta confundi &
commutari non possunt, nisi & res ipsæ com-
mutentur & tollantur, *secundum Polan.lib. 1. Dia-
lect. cap. de adjunct. Jul.Scaliger. exercit.23. fol.108. &
exercit.325. sect.2.* Quod si ergo non desiit, esse
stricti juris hæc fidejussio, utique nec prædicta
assertio de apicibus juris non attendendis locum
in ea habere potest.

Septimo potest satisfieri ex iis, quæ in resolu-
tione primæ quæstionis sunt examinata: & quod
revera sit intercessio fœminæ pro marito: in
qua illa assertio locum habere non potest, per
jura supra relata.

Sic & octavum per decisionem primæ quæ-
stionis eliditur, cum ex ea constet, neque ipsam,
neque maritum ejus in mora fuisse, sed potius,
si qua mora sit, eam causatam esse à B. Deinde
quo ad subditos exigendos, nulla esset mora de-
functi, sed istorum non solventium: ut ideo ni-
hilominus hi sint prius excutiendi; cum ante
eorum excussionem constare non possit, quid
& quantum culpa defuncti ærario castri absit,
argum. l.1. & 2. C.de conven. fisci debit. lib.10. Non
enim † fidejussores, præsertim magistratuum, 237
conveniri debent de eo, de quo non promise-
runt, *l. fidejussores. 68. in princ. & §. 1. ff.de fidejussor.
d.l. 3.in fin. de administrat.rer.ad civitat.pertinent. l.2.
§.sed si filius. l.libertus.17. §.fin. ff. ad municip.* neque
conveniri possunt, antequam reus principalis
debeat, *l.fidejussor.57 ff de fidejussor.*

Noni assumptum negatur, & respondetur i-
dem, quod de ea objectione deductum est in ex-
amine primæ quæstionis. Et hæc de prima ex-
ceptione.

Secundo, exceptio † compensationis ex fa- 238
cto D. B. A. competere potest. Nam ut dolus
cum dolo, *l.si dolo. l.cum mulier. l. viro atq; uxore. ubi
Doctores omnes, ff. solut. matrimo. l. 2. §. idem ait. ff.ne
quid in loc. public. l. si alius. §. bellissime. ff. quod vi aut
clam. Fulvius Pacian.de probat part.1. quæst 59. num. 2.
per l.si in emptione. §. item si & emptor. l.domum §.fin.
ff.de contrah empt.* delictum cum delicto, *l.si ambo.
ff.de compensat. Joan. Petr. Ferrar. in pract. sua tit. de syn-
dic. verbo, compensatio. Joan. Zanger de except. part. 3.
cap.6. num 27. Sebast. Medic.de compensat. part.1. quæ-
stio. 34. num. 1.* ita etiam culpa cum culpa com-
pensatur, *Sebastian. Medic. in d.tractat.de compensat.
quæst. 35.* ubi ait, hanc esse communem, & sic o-
mnes sentire Doctores *ad d. l. si ambo.* præsertim
(ut hoc nostro casu est) in correlativis culpis, *ut
ibidem num. 2. ex Baldo probat:* ideoque reus & a-
ctor parem culpam circa idem compensant, *per
d.l.si ambo. d.l. viro atq; uxore. l.in arenam. C.de inoffic.
testam. Tyndar.de compensat. articul.5. num.30.35.37.
& 38. Joan. Zanger. d.cap.6. num.27.* Sed † & mo- 239
ram cum mora compensare fas erit, cum in mo-
ra is non censeatur, à quo non petitur, seu qui
non interpellatur, *l.quod te ff.de reb.credit. l.si pupil-
lus. ff.de verbor. obligat. l.nulla. ff.de regul.jur. l.mora.32.
ff.de usur.* Neque etiam is, qui sua die debito lo-
co non adfuit, quando nec creditor aderat, vel
alius ejus nomine, cui offerret, *l.item illa. ff.de con-
stituta pecunia. Petr. Peck. ad cap.mora. num. 9. versic.
adde. de regul. jur. 6. Aym. Cravett. consil.648. num.2.
per l.arbiter si calendis. ff.de arbitr. Bart. in l.continuus.
§. cum ita. ff.de verbor. obligat. Anton. Gabriel. lib. 3.
commun. conclus. tit.de solut. conclus.9. num.19. Tiber.
Decian. respons.11. num.8. volum.2. Roland. à Valle con-
sil.57. num.35.36.37. volum.1. & consil.87. num.20.
volum.1. Andr. Tiraquell. de retract. lignag. §.9. in gloss.
3. num.17. & seq.* Et cum † mora delictum sit, 240
quia dolus, itemq; culpa sit, *l. dolus. ff. mandat. l.
sciendum.21. legibus sequentib. dicta l.mora. ff.de usur.
Aym. Cravetta consil. 609. numer. 9.* & ex mora de-
lictum æstimetur, *l. si plures querelam. ibi gloss. ff.
de administratione tutorum. in l.in re furtiva. in fin.*

ff.de

ff. de condict. furt. l. inter stipulantem. §. penult. ff. de verbor. oblig. ac constet, dolum cum dolo, delictum cum delicto, culpam cum culpa compensari, hoc est, excipiendo & replicando repelli vel elidi; utique etiam hoc factum Burggravii moratorium faciet, ut si qua in l. T. mora argueretur, B. exceptione compensationis repelli debeat.

Ex proposita enim facti specie, de qua pluribus in prima quæstione actum est, colligitur B. in culpa & mora fuisse, cur quæstor officio suo in exigendis debitis, quæ nunc reliqua sunt, fun-
241 gi non potuit. Estq; † extra omne dubium postremam moram nocere, postremam culpam spectandam esse, *l. illud. 17. ff. de peric. & commu. rei vend. l. prætor ait. §. penult. ff. de nov. ope. nunciat. l. semel. ff. solut. matrimo. l. qui decem. ff. de solut. Costal. & Bart. in d. l. illud & in l. si per emptorem. §. ult. de action. empt. Aym. Cravett. consil. 854. num. 11. versic. apparet ex his.*

Neque potest prætendi, posteriorem moram residere in persona quæstoris, idq; ex recessu lit. D. & monitorio lit. E. apparere. Hæc enim non probant, fuisse eum in postrema mora non exigendi, sed non exhibendi designationem extan-
242 tium. At † moram abrupit, mors omnia solvens, ut autor est Sebast. Medic. *in tractat. mors omnia solvit.* Neque vero amplius in officio fuit, ut ipse exigere potuisset: quam etiam ob causam manum suam militarem B. A. ad id pollicitus est. Itaque hinc nulla culpa alia, nec mora alia posterior elici potest, quam quæ modo dicta est: non autem, quæ possit quæstori imputari, cur durante officio suo non exegerit: quia non potuit,
243 B. A. prohibente. Et † cum in bona fide obtemperaverit, nullam pœnam meretur, *gloss in l. si servum. §. non dixit. verb. amovere. ff de acquir. hered. l. quamvis. ff. de condit. & demonstrat. Tiber. Decian. respons. 29. num 30. volum. 1.* bene enim fieri dicitur, quod bona fide fit, *per l. eum qui. §. in popularibus.*
244 *verb. fuerit. ff. de iureiur.* Nec † ideo etiam hæc mora circa idem, sed circa diversa accidisse dignoscitur, & ex novo quodam negotio à priore separato: ut ideo hæc posterior quæstoris non aboleat illam priorem. Circa diversa autem dolus, vel culpa, aut mora commissa regulariter non compensantur, sed singula suis causis reservantur: neque inter hanc, quæ circa diversa est, cadit prius vel posterius, *Fulvius Pacian. d. cap. 59. nu. 30. Sebast. Medic. d. quæst. 35. num. 3. Tyndar. d. articul. 5. num. 32. 34. & 35.*

245 Neque † obstat, quod Fulvius Pacian. *lib. 1 de probat. cap. 59. num. 13. & 14. per l. si quis ad te fundum. C. ad leg. Jul. de vi public. d. l. illud. ff. de peric. & commu. rei vend. & ex Roman in l. cum mulier. num. 88. versic. fallit secundo. colum. 2. ff solut. matrm. & ibidem ex Joan. Imol. num. 52. versic. item suadet. col. penult. itemq; ex Aret. & Socin.* tradit, compensationem delicti cum delicto, doli cum dolo non admitti, si posterius delictum prius, vel posterior dolus aut culpa priorem tollat: & sic nec moram cum mora compensari, ex quo posterior priorem absorbet. Nam hoc ita est, quatenus agens se in posteriore mora fundat: tum enim frustra objicitur compensatio moræ primæ, quia hæc per posteriorem jam ipso jure erat compensata & consumpta, ut amplius non esset: uti allegati autores & leges probant; quia sola posterior mora attendenda est, scilicet circa idem: ut ex Costal. Cravett. Bartol. & aliis supra allegatis liquidum est: Secus autem uibi agens se fundat in mora priore: hæc enim recte repellitur, vel per exceptionem compensationis, vel in factum, nec datur contra eam replicatio moræ prioris, *per d. l. illud. 17. ff. de peric. & comm. rei vend. Aretin. in §. 1. num. 23. Instit. de except.* Sed nec † obstat, si obji- 246
ciatur; imo videri hoc modo latam culpam quæstoris cum levi culpa B. aut levam culpam quæstoris cum levissima culpa B. talem autem compensationem non admittit Tyndar. *d. articul. 5. num. 36. Sebast. Medic. d. quæst. 35. num. 2. & 3. quæst. 34. num. 2. & quæst. 37. Fulvius Pacian. d. cap. 59. num. 15. per l. item si obstetrix. in fin. ff. ad leg. Aquil. cum aliis ibidem allegatis.* Primo enim negatur, quæstoris culpam aliquam esse, per ea, quæ Tiber. Decian. *d. respons. 29. num. 30. & 31. volum. 1.* respondit, aut si qua est, eam non esse latiorem vel majorem culpa B. contenditur; imo † vero major culpa 247
B. est, qui impedire non debebat horum debitorum exactionem, contractu & lege reclamante, *in l. in fiscalibus l. seq. C. de exact. tribut. lib. 10.* consistitq; hoc casu quæstoris, si qua est, culpa in omittendo, B. vero in prohibendo, & sic faciendo: quam constat, semper esse graviorem illa, quæ est in omittendo, *l. si servum. 91. ubi Bart. Jas. Castr. Duar. Donell. & alii, ff. de verbor. obligat. gloss. Bart. Zas. ad l. quod Nerva ff. deposit. Doctores ad l. contractus. ibi Martin. De La Rio late in princip. ff. de regul. jur. Doctores ad l. 7. ff. de magistrat. conuen. per illum text juncta l. si plures 38. ff de administrat. tut. Tyndar. d. articul. 5. num. 36. versic. idem si unus in levi. Eman. Soarez. in thesaur. commu. opin. verb. culpa. num. 336. Joan. Zanger de except. part. 3. cap 6 de compensat. num. 27. versic. sic lata culpa cum levi. argum. l. si mora. 9 ff. solut. matrimo.* Denique quod † dicitur, culpam 248
minorem cum majore, latam cum levi non compensari verum est, ut simpliciter & in solidum non fiat: at quo ad concurrentem quantitatem datam compensari posse, *post Tyndar. d. num. 35. & seq. docet Joan. Zanger. d. cap. 6. num. 28. per l. 4. C. de compensat.* Denique nec † hoc objici potest, Dn. 249
Burggravium certare de damno vitando, itaque causam ejus esse potiorem, dato, quod paritas adsit doli vel culpæ, *ut probat Fulvius Pacian. d. cap. 59. lib. 1. de probat. num. 17. per l. apud Celsum. §. Marcellus. ff. de doli mali except. & Joan. de Imol. in d. l. cum mulier. num 52. versic item tertio. ff. solut. matrim. & ibidem Bart. num. 3. &c.* Imo vero & E. certat de damno vitando, ut id, quod neq; ad se, neq; ad maritum noverit pervenisse, de suo resarcire invita, & satis misere afflicta non cogatur. Quando † vero in pari causa sunt lucri & damni actor 250
& reus, magis favemus reo, quam actori, *per l. 2. C. de condict. ob turp. caus. l. cum par. ff. de regul. jur. c. in pari. ubi Dyn. Petr. Peck. & alii eod. in 6. l. favorabiliores. ff. eod. ut ipsemet Fulvius Pacian. explicat d. cap. 59. num. 20.*

Tertio † non incommode objicitur exceptio 251
casus insoliti. Perpetua enim sterilitas, quæ toto ille tempore fuit, quo administratio hæc duravit, merito attribuitur casui fortuito, cum vitio rerum non acciderit, neque culpa alicujus hominis forensi, sed Deo vel tempestates, vel alias calamitates justo suo judicio immit-

immittente: Cui accedit, quod eo tempore exercitus ibi magnus collectus fuit, & aliquoties miles traductus magna subditorum jactura. Ejusmodi autem continuas sterilitates & tumultus bellicos non minus, quam hostiles incursus inter casus referri fortuitos, & quidem insolitos, inter Interpp. expeditum est, *per l. fistulas. §. frumenta. ff. de contrah. empt. & vendit. l. 2. §. si ex tempore. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. l. si ea res ff. de act. empt. l. quæ fortuitis. C. de pignor. action. l. contractus. verb. animalium. ubi Martin. De la-Rio cap. 25. 26. 27. 28. 30. ff. de regul. jur. l. in rebus. 18. in princip. ff. commod. l. inter causas. 26. §. non omnia ff. mandat. l. 1. § prætor ait. ff. deposit. l. ex conducto. §. si vis ff. locat. cond. l. exceptæ. 8. C. eod. § cum autem Instit. de empt. & vendit. Aym. Cravett. consil. 957. num. 30. & 31. Castr. in d. l. ex conducto § si vis & in l. 5. ibi etiam Costal. & in d. l. in rebus ... commod. Joan. Petr. Surd. consil. 12. num. 15. Arius Pinel. in d. l. 2. part. 1. cap. 3. nu. 25. C. de rescind. vendit. Menoch. consil. 27. num. 22. Corneus consil. 128. num.*
252 *29. volum 2.* Casum † autem fortuitum, quem culpa obligati non præcessit (ut hic præcedere nulla potuit, vel quæstoris, vel E.) nemo præstat, *d. l. contractus. versic. animalium. ibi Martin. de La-Rio c. 21. de regul. jur. l. qui insulam. 30. § fin. ff. locat. cond. d. l. qui fortuitis. C. de pignor. actio. c. fin. ibi gl. & Interpp. extr. de homicid. l. opus quod in aversione. ubi Bart. l. item quæritur. § si navicularius. § si magister. versic. Labeo. l. ex locato. ff. locat. Joan. Petr. Surd. d. consil. 12. num. 13.* cum nemo ad impossibilia obligetur, *l. verum est. 31. l. impossibilium. 185. ff. de regul. jur.* ideoq; iniquissimum sit à quoquam hunc casum exigere, quem nec prævidere, nec impedire potuit, *Martin. de*
253 *La Rio in d. l. contractus. c. 25.* Quod † adeo verum est, ut non solum obtineat, quando casum quis, (ut hoc nostro casu) in se non recepit, sed tunc etiam, quando pacto in se omnem casum & periculum suscepisset: quia non intelligitur casum supra modum insolitum, vel non cogitatum, & qui cogitari non debuisset, neque ideo potuisset, suscepisse. *per d. l. fistulas § frumenta. l. sed & si quis. §. quæsitum ff. si quis caut. jud. sist. Corne consil. 23. num. 6. consil. 128. num. 17. vol. 2. Anto. de Butr. ad c. 1. extr. commod. Felin. ad c. sedes. col. 2. versic. clausula generalis. extr. de rescript. Anton. Gomes var. resolut. tom. 2. cap. 3. num. 19. in fin. Emman. Soarez. in thesaur. comm. opin. verb. casuum fortuitorum num. 28. Laur. Kirchof. cent. 1. comm. opinio. conclus. 27. Martin. de La Rio in d. l. contractus. cap. 21.* qui omnes hanc esse communem attestantur, *ut & Menoch. consil. 27. num. 18. 19. & seq.* ubi textibus & rationibus eam fulcit. Eandem dicit communem Joan. Petr. Surd. *consil. 61. num. 65.* multis ad id citatis autoritatibus: tametsi Arius Pinel. *in d. l. 2. part. 1. cap. 3. num. 30. & 31.* eam varie impugnet, ut & Martin. de-La-Rio *d. cap. 21.* Quibus quidem hactenus accedere possumus, si nimis prægnantia & exquisitissima sint verba recipientis: ut nisi de omni etiam penitus & supra modum insolito casu acciperentur, sine effectu forent: Secus autem si vulgaribus & simplicibus verbis usus esset; quia intelligeretur tantum casus solitos, non etiam insolitos recepisse, *secundum Martin. de La Rio d. cap. 21.* Accedit indulgentia & factum B. exactionem rigidiorem impedientis, cui parere quæstor necesse habebat; & quod fœmina hoc officium administrare non potuit, neq; etiam debuit: quo vel ipso ab omni culpa excusantur hi conjuges: qua de re satis in prima quæstione.

Putat † quidem Calcan. *consil. 24. nu. 14.* in stricti juris contractibus promissorem non excusari à casu fortuito, sed omnino teneri, *per l. continuus. § illud. vers. & generaliter. ff. de verb. oblig. & l. incendium. C. si cert. pet.* Unde hoc consequens esset, nostro casu E. ejusq; maritum de casu fortuito quolibet teneri: cum contractus sub lit. B. revera sit stipulatio, aut certe constitutum; & quatenus E. pro marito intercessit, fidejussio: quos contractus constat esse stricti juris. Verum hanc Calcan. opinionem non esse generaliter, sed tantum in rebus iis, quæ in genere consistunt, & quarum functio est in numero, pondere, & mensura veram; quando hæ res suo domino pereunt, nec genere etiam suo perire possunt, tradunt omnes *in l. quod te mihi. ff. de reb. cred. si cert. pet.* inprimis vero ibidem Petr. Costal. & ita etiam Calcan. declarat, ac interpretatur Aym. Cravett. *consil. 957. nu. 33.* ut exemplum ibi est in mutuo, in stipulatione vini, frumenti, & similium. In tali autem casu nõ versamur, quando solummodo rea id debeat, quod sua vel mariti fraude ... negligentia damni datum est, & sic ad id, quod ... *Instit. de verb. oblig.* Cujus † solutio ... pecunia, frumento, vel vino ... ipsum tamen, quod interest, non debetur, ut quantitas, sed ut species, quia vice rei seu corporis, in quo culpa commissa est, succedit, *l. penult. l. ult. ff. de trit. cond. l. si servum. 91. ff. de verb. oblig. d. §. fin. l. fin. ff. de præt. stip.* 255

Quarto, non incommode se adversus recessum lit. D. & subsecutam admonitionem lit. F. defendit exceptione novi contractus, cujus gratia non intercessit, seu qui ad se non pertinet. Est enim † stipulatio & sic fidejussio, *l. 5. § fin. l. seq. utroq. loco Bart. Jas. Castr. Duar. ff. de in lit. jur. l. unic. § sed etsi non ignoremus. C. de rei uxor. act. §. actionum. § fuerat. ibi Dd. Instit. de actio. l. 6. C. si cert. pet. Nicol. Mozz. de contract. tit. de stipul. c. quæ actio oriat ex stipul. nu. 4.* item constitutũ. *§. de constituta. ibi Dd. Inst. de act. d. §. actionũ. cum ibi annot. l. si duo. 16. §. 1. ff. de constit. pec.* stricti juris: ideoq; stricte interpretari oportet, *l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig. l. si pignori. l. si fidejussores. ff. de fidejuss. l. qui Romæ §. Agearius. ibi Dd. ff. de verb. oblig.* ne in plus, vel aliud, quam spopondissent, teneantur, aut exigantur, *d. l. si fidejussores. l. sed & si quis. 13. ff. de constit. pecun.* 256

Utrum autẽ alius ac novus sit contractus, qui 24. Septemb. anni 1594 sub lit. D. inter B. & quæstorem placuit, haud immerito in quæstionẽ venit? Dubium † facit, quod omnino obligatus erat quæstor rationem reddere exactorum, & non exactorum, *l. apparitores. C. de exact. tribut. lib. 10.* ad cujus executionem pertinet calculi dispunctio & pariatio, *l. fin. § inter cætera ff. de libert. leg. l. 1. § officio. §. de rationibus. ff. de tut. & rat. distr. Car. Molin. in consuet. Paris. part. 1. §. 9. glos. 6. verb. rende compte. nu. 15. & 16. Alex. Raud. de analog. lib. 1. c. 6. nu. 25.* Quod † autẽ negotiũ ad executionem alicujus cõtractus pertinet, nõ potest videri novus contractus, seu nova conventio, sed pars & sequela ejus, à qua descendit, & ad cujus implementum spectat, *per l. si quis servũ. 23. ff. de act. empt. Bart. n. 4. vers. adverte. Bald. n. 10. in 9. oppos. & n. 22. Salic. n. 10. Castr. n. 11. Jas. n. 8. & 15.* 254 257 258

& 15. ad l. final. C. de pact. facit l. ſi conſtante. 24. §. ſi vir. verſic. quod ſi negotium. ff. ſolut. matrim. Aym. Cravett. conſil. 666. num. 5 per l. nam & Servius. §. ſi vivo. ff. de negot. geſt. Bald. in l. meminiſſe. ff. de offic. proconſul. De-
159 inde † generalis eſt hujus fœminæ obligatio, &
apta, ut huc etiam extendatur, *argum. l. ſi ita ſtipulatus 56. ff. de fideiuſſ.*

Pretereà una eademq; ſemper fuit unius ejuſdemq; officii & adminiſtrationis ſuſceptæ ori-g., ex qua reliqua illa promanant, de quibus receſſus ille lit. D. factus eſt: itaq; omnia illa reliqua ex omnibus adminiſtrationis prædictæ annis in unam ſummam finalem redacta, unum idemq; debitum erunt, ex uno eodemq; contractu principali profluentia, *per l. ſi Stichum. §. 10. ibi Doctor. ff. de verbor. obligat. l. Pomponius. ff. de negot. geſt.*
260 *& ibi Bart. l. ſi à colono. 59. ff. de fidejuſſ.* ut † ideo nihil novi conveniſſe, ſed quod convenit diſcuſſum, examinatum, & liquidatum, ſeu declaratum eſſe appareat, per receſſum ſub lit. D. præmiſſum. Novum autem non dicitur, quod eſt ex declaratione, *Aym. Cravett. conſil. 755. num 2. per l. heredes palam. §. ſed ſi notam. ff. qui teſtam fac. poſſ. & ut Juriſconſultus Gaius ait in l. adeo. 7. §. cum quis ex aliena. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* novam ſpeciem, qui excutit, non facit, ſed eam, quæ eſt, detegit; id quod ad ſimile caſus noſtri Aym. Cravett. *con-*
261 *ſil. 594. num. 5.* accommodat. Sed † & quod continuatur unum & idem, non diverſum ac novum negotium eſt, *l. continuus. ff. de verbor obligat. l. ſi quis ita legaverit. ff. de condit. & demonſtr. Tiber. Decian. reſponſ. 11. num. 18. 19. 20. volum. 1.* Continuatur hæc conventio cum prima, & omnium illorum annorum, quo adminiſtravit, duratio & continuatio una eſt, de qua tantum receſſus ille fidem facit. Novũ ergo negotiũ nõ eſt, nec nova obligatio.

Sed iis † non attentis veritati magis contenta-
262 neum eſt, ut novus omninoq; diverſus cenſeatur contractus ab eo, pro quo E. interceſſit. Continet enim non eadem, ſed alia à priore contractu capitula ſeparata, ut ex inſpectione inſtrumenti patet; veluti quod obligatus eſſe debeat quæſtor deſcriptionem extantium intra menſem conficere & exhibere, cum ſubditis rationem facere, & inter proxima bacchanalia reliqua ſolvere. At quando poſterius pactũ vel conventio alia continet capita, quam quæ ſunt in priore, nova intelligitur eſſe conventio, ac novus contractus, & proinde nec unus idemq; cum priore, *Bart. in l. penult. ff. de pretor. ſtipulat. per text. in l. jus civile. 6. ibi idem Bart. ff. de juſtit. & jur. l. Tribunus. §. fin. ff de milit. teſtam. l. 1. §. ſi quis ſimpliciter. ibi notata à Bart. Bald. Zaſ. Caſtr. Duar. ff. de verb. oblig. Menoch. conſil. 212. nu. 31. Joan. Petr. Surd. conſil. 345. paſſim.* Nova † enim
263 ſpecies fit ex qualitatibus, quæ ad formam vel materiam ſunt adjectę; vel quoties effectui obligationis aliquid accedit, vel decedit, *Bart. ad l. denunciaſſe. §. quid tamen ff. ad leg. Jul. de adult. & in l. edita. num. 8. C. de edend. reſpondit Aym. Cravett. conſil. 425. num. 106. verſic. decimotertio novum quid. & conſil. 910. num. 3.* unde idem Cravetta *conſil. 361. nu. 1.* ex Bart. *ad l. item quia. §. fin. in fin. ff. de pact. & l. pacta noviſſima. & l. 2. C. de pact.* reſpondet, novatas intelligi pactiones per tranſactionem inſecutam ex intervallo, in qua pacta diverſa contenta ſunt, nec cenſentur in novante repetita. Cui accedit, quod etiam Menoch. *in d. conſil. 212. num. 31 & 53.* reſpondit, videri propter nova capitula à priore diſceſſum, eamq; extinctam.

Deinde, † ſi conferatur hæc poſterior con- 264
ventio cum obligatione, qua ſe obſtrinxit cum marito & pro marito E. manifeſtiſſime deprehenditur, penitus res diverſas continere. Nam obligatio, qua principaliter ſe obligavit, tantum eam adſtringit ad ſolutionem ejus, quod intereſt, ſi quid dolo vel culpa mariti, vel ſua male ſit geſtũ. Receſſus ille novus non continet id, quod ob negligentiam, fraudem vel culpam quæſtoris, aut uxoris ejus caſt o abeſt, vel intereſt; ſed quod facta diſpunctione & pariatione, reliquũ manſit, ut ſoluat: nõ quia culpa ei⁹ vel n. o is hoc damnũ datum ſit, quia calculo ſubducto hoc reliquũ manſit neque etiã cõtinet, ubi & quomodo, omittendo vel cõmittendo hoc damnũ datũ ſit; ſed quod intra mẽſem apud ſubditos extantia debeant deſignari, & cum ſubditis ratio iniri: & ſic novæ perſonæ intercedunt, nova ſumma, nova res in hanc ſtipulationem deducta eſt. Quibus
modis † etſi poſſit videri dubium, utrum revera 265
ſit novatio facta propter expreſſum text. *in l. fin. C. de novat. §. preterea. cum ibi annot. Inſtit. quib. mod. obligat. toll. & quæ tradit Valent. Franc. cap 6 num. 17. de fidejuſſ. item Camill. Borell. conſil. 11. nu. 23. & 24.* tum etiam quod proprie nõ videatur hic illud actum, ut prior obligatio in aliam ſit omnino transfuſa ac translata, *juxta l. 1. de novat. & l. ſingularia. ff. de reb. cred. ſi cert. pet.* & quę facultas Juridica Marpurgenſis reſpondit *in conſil. ult.* inter conſilia Domini Joh. Borch. quæ Borcholt ſubſcripſiſſe & approbaſſe dicitur: negari tamen non poteſt, novum plane, & à ſuperiore ſeparatum contractum eſſe initum, ad quem E. promiſſio ſua non adſtringit, per ea quæ reſpondit poſt multos ibi citatos Weſemb. *conſil. 31. 32. & 33. & Bart. itemq; Jaſ. in d. l. ſingularia. ff. de reb. cred. ſi cert. pet. Cravett. conſil. 167. nu 9. & 12. Dec. conſil. 464. nu. 5. ac rurſum Bart. ad l. item quia. § fin. in fin. ff. de pact.* ut ideo ope exceptionis hic recte inducatur novatio, hoc eſt, novi contractus celebratio, per quem prior ſit alteratus & mutatus, *ſecundum Weſemb. d. conſil. 31. num. 32. poſt Bald. in l. novationem. C. de fidejuſſ. pro quo*
facit l. pacta noviſſima. C. de pact. cum ſimilib. Cujus 266
ergo is † effectus eſt, ut E. neq; ad id, quod in illo novo contractu (ſi jure ſubſiſteret) continetur, ſit obligata, neq; etiam de eo, quod ob moram caſtri intereſſe poteſt: nec etiam aliter de reliquo, ſive reſta ex ſuo contractu conveniri queat vel teneatur, niſi quatenus & in quantũ evidenter probatum fuerit, propter culpoſam & malam adminiſtrationem ſeu negligentiam in damno caſtrum eſſe: non ultra: cum plus non promiſerit, nec in aliam cauſam interceſſerit: uti ex de-
ductione primæ quæſtionis reſultat. 267

Nec obſtat, † quod poſterior ille receſſus vel conventio videatur pertinere ad executionem principalis obligationis: quod quidem dari poteſt, quoad id, quod oportuit rationem reddi, & id, quod reliquũ manſit, ſolvi: at quoad novum ſolvendi terminum, novam cum ſubditis calculationem ineundam, ac deſignationẽ extantium, inter menſem exhibendam, non eſt pars & ſequela principalis contractus, ſed aliud ab illo diverſũ,

versum, *Wesembec. d. consil. 31. nu. 32. & 33.* neque pertinet ad executionem contractus prioris, ut per se patet. Deinde E. non in universum & absoluté pro principali administrationis contractu intercessit, sed in eum casum, si quid damni circa administrationem datũ fuerit sua vel mariti culpa. Hoc autem damnum hæc rationum redditio non probat, neque eo fine facta est, nec fieri potuit, ut per eam manifestaretur, quantum damni culpa E. vel mariti eius in administratione Castro datum esset: sed reliquum illud, quod in resta (ut ita loquar) mansit, culpa mariti vel E. extare & abesse, adhuc probandum erit per rationes & jura in prima quæstione enarrata.

268 Sic & illud † tollitur, quod satis generalis videatur E. obligatio, ut commodè ad hanc novam conventionem extendi possit. Id enim negatur, cum contineat certam conditionem, & certum modum, ut in prima quæstione diximus.

Pari modo etiam tertium tollitur. Nam etsi largiremur unum idemq; debitum esse (tametsi
269 longè aliud † ex principali, eoq; primo contractu deduci posset, quia in singulos annos singulariter administratio concepta est, quo casu tot sunt stipulationes, quot anni *l. penult. §. 1. ubi Dd. & in l. 16. §. 1. ff. de verb. obl.*) tamen non quadraret ad naturã & qualitatem obligationis eius, qualem E. in se recepit: quæ qualis sit, iam sæpius diximus. At si
270 quid † requiritur esse tale, non sufficit esse, nisi etiam ostendatur esse tale, *per l. non ignorat. ibi Bar. & Bald. C. de his qui accus. non poss. l. Jul. Paulus. 81. §. 1. l. Lucius Titius. 83. ff. de condit. & demonstr.* quia qualitas adiecta restringit & declarat dispositionem. *Joh. Pet. Surd. consi. 179. n. 41. & consi. 274. n. 14.* ideoque probari debet, cum super eo fundetur agentis intentio *Joh. Petr. Surd. consil. 180. n. 7. consi. 207. n. 8. secundum Joh. And. in c. 1. de homicid 6. & consi. 148 n. 19. per l. 1. §. quod aũt ait prætor. ibi Bar. ff. ne quid in flum. publ.*

Continuatio quoque annorum illorum eodẽ modo repellitur; imò continuatio illa hic frustra prætenditur, cum iam dudum ab officio discessum fuerit, quando posterior illa conventio
271 facta est. Denique † cum tantum singulorũ esset annorum, singuli anni singulas easq; novas administrationes genuerunt *per d. l. pen. §. 1. ff. de verb. obl. Dec. consi. 72. nu. 45. Bald. ad l. si à te, in prin. C. de pact. inter empt & vendit.*

272 Hinc † tandem non ineptè colligitur, obiici quoq; posse exceptionem prorogationis, *ex Menoch. consil. 120. n. 30. & seqq. Tib. Decian. resp. 11. n. 29. vol. 1. per l. si cum Hermes. ibi Joh. Sichard. C. loc. cond. l. item quæritur. 13. §. qui impleto. ff. loc. l. Labeo. 25. §. fin. ff. de recept. arb. l. ubicunq; 60. ff. de fideiuss. l. novatione. 4. C. eod.* Tempus enim illud de singulis annis, limitandæ atq; finiendæ obligationis causa adiectum putatur: & cum hic intersit tertiæ huius personæ E. prorogatum tempus non potest dici idem cum primo, *secundum Felin. in c. de causis. nu 3. extr. de offic. deleg. & Gail. pract. obseru 30 num. 11. lib. 2.*
273 tametsi † aliud sit, si tempus solutioni, non obligationi adiectum sit, *secundum Hyppol. de Marsil. de fideiuss. nu. 89. Dec. consi. 400. nu. 1. & 2. quos sequitur Gail. d. obs. 30. n. 11. Mynsing. cent. 6. obs. 53. & latè Val. Fran. d. cap. 6. n. 51.* Qui etsi *n. 52. & seqq.* latè defendit, rectius statui, prorogatione termini per creditorem facta debitori, fideiussores non liberari: proinde nec E. hoc nostro casu: *per gloss. in d. l. si cũ Hermes. Jas. in l. 1. num. 18. vers. quid tenendum. C. de judic. Matth. Coler. de process. execut. part. 1. cap. 10. n. 302* cum intelligatur facta cum omnibus suis qualitatibus & accessoriis, *Matth. Coler. d. cap. 10. n. 305. post Jas. num. 8. & seq. & Zas. num. 35. ad d. l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. pet. Ant. Gomez. tom. 2. var. resol. cap. 13. num. 21.* tamen † hoc restringit idem Val. Franc. *d. cap. 6. nu. 62.* ut prorogatione iam facta, teneantur quidem de præteritis, hoc est, quæ primùm 274
ante prorogationem in obligatione fuerunt, sive sors, sive usuræ, sive, ut hoc nostro casu, quod culpa Quæstoris iam tum damnum datum erat, *per d. l. si cum Hermes. ibi Sichard perspicuè. l. fin. in fin. C. de usur. rei iud.* Secus autem de futuris, quæ post prorogationem augent obligationem. Ex quo idem Franc. *num. 67.* infert. Ex superioribus itaque, inquit, infero, si quis pro officiali fideiussisset ad annum pro reddendis rationibus, finito anno, si prorogatum tempus fuerit, fideiussor ad præcedentis anni rationes, non etiam subsequentis temporis periculum subire tenebitur. Laudat huius sententiæ autores plures, veluti Bart. ad *l. Lucius. §. Paulus. ff. de admin. tut. Panorm. ad c. constitutus. num. 10. extr. de fideiussor. Felin. ad c. de caus. num. 3. extr. de off. deleg. Anton. Gabriel. d. tit. de fideiuss. concl. 3 num. 4. lib. 3. Tiraquell. & Coler. d. cap. 10. num 310.* Quæ decisio † cum sit in terminis 275
nostri casus, tantò magis attendenda est, ob id, quod in praxi multum est, decisionem in terminis habere. *Felin. ad cap. 1. num. 6. extr. de præscr. Riminald. consil. 543. num. 18. volum. 5. Thom. Triuis. lib. 1. decis. in præfat. num. 3. Anton. Gomez. ad §. æquè. Inst. de action. cum similibus.* Plures exceptiones res ipsa, & occasio rei benè tractandæ suppeditabit.

TERTIÆ & ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Circa † hanc ultimam quæstionem dubium 276
fortasse inde alicui suboriri posset, non solum quod inter Mynsi. *obseru. 13. cent. 4. resp. 15. num. 15. & 19. & Andr. Gail. lib. 2. pract. obseru. 25. num. 10.* nec non cæteros interpretes de eo ingens pugna est, utrum mulier præferatur omnib. mariti creditoribus, non minus expressam, quam tacitam hypothecam habentibus, sed etiam, quod mos patriæ esse videtur, ut uxores privilegiis dotalibus, aliisque similibus non gaudeant, sed in solidum exigantur, etiam non obstante, *tit. C. ne uxor. pro mar.* Nam posse hunc tit. eiusq; dispositionem statuto vel consuetudine propter ius societatis, quod inter coniuges est. *l. 1. ff. rer. amot. l. aduersus C. de crim. expil. hered. l. 1. ff. de dot. præleg. Panormitan. in c. significauit, num. 3. extr. de donat. inter vir. & uxor. Joh. Lopez. de lucr. mar. & uxor. cap. 5. in prin. & num. 3.* mutari & penitus tolli, adeò ut nec uxor gaudeat beneficio dotis & prælationis, de qua *in d. l. assiduis. C. qui pot. in pign.* non est dubitandum, *per l. de quibus. ff. de legib. leg. 1. ll. sequent. C. quæ sit long. Consi.* siquidem potens est consuetudo in multis. *gloss. in cap. frustra. 8. de pact. distinct. & in cap. mos antiquus. 65. distinct. 5. c. conquestus. 9. quæstion. 3.* & excusat illicitum contractum, adeò etiam, ut usurarius pro licito propter consuetudinẽ reputetur

Et satius est, verba otiosè posita esse, quam ut à juris tramite discedamus. Neque enim superflua
190 hæc sunt † verba, & inania, aut sine virtute operandi, si per se spectentur, ut & quoad reliqua beneficia, veluti ordinis, divisionis, itemq; Epistolæ D. Hadriani, quibus illa quoque, si cum effectu, *non obstante d. auth. si qua mulier.* obligari pro marito potuisset, uti potuisset, quia in subsidiū, *juxta Anton. de Gamma d. decis. 366 nu. 7.* ut & in primipilari causa, *d. l. satis, C. in quib. caus. pign. tac. contr.* & tantum ut quilibet alius fidejussor obligata pro marito esset, & sicut quilibet alius potuisset beneficiis fidejussoriis uti. Satis autem est, vel in unico aut altero casu verba operationem suā potuisse habere, ut superflua, & sine virtute operandi, non censeantur posita, licet exitu suo careant, secundum ea, quæ Tib. Decian. respondit, *in resp. 45. nu. 18. vol. 2.*

191 Circa † decimū tertium expeditum est, Quæstorem non exegisse, neque exigere potuisse illa reliqua, quæ in recessu isto continentur, ut supra deductum est, idque etiam ex eo probatur, quod locupletior non sit factus, sed longè deterioris conditionis ac fuit, ante susceptam quæsturam: ut ideo omnis facti præsumptio, ipsumque factū hic præsuppositum deficiat: ut cum jus in facto positum sit, & ex eo nascatur, *l. si ex plagis. 52. §. in Clivo. ff. ad l. Aquil. l. actionum. §. ex facto. ff. de action. & oblig.* deficiente qualitate facti præsupposita, deficiat quoque istius decisio, necesse sit. Et cum neque potuerit, neque debuerit etiam ipsi prohibente, & urgente bellico tumultu, ac annorum sterilitate, atque insigni calamitate à colonis cæterisque subditis ea quæ extant, exigere, prout supra deductum est, nulla ipsi culpa, *secundum Tib. Decian. resp. 47. num. 44. & 45. vol. 4.* sed, si qua est, A. imputabitur; habebitque hoc casu locum, quod dici solet: Qui causam damni dat, ipsum damnum dedisse censetur, *l. qui occidit. §. in hac. ff. ad l. Aquil.*
192 Quod si ergo † hoc, ut decet, ab E probari poterit, quod contra conventionis placita, ipsumque jus, quod est de publicis exactoribus tributorum, & quæstoribus constitutum, *in l. in fiscalibus. 6. & l. seq. C. de exact. tribut. lib. 10.* A. ad instantiam & preces subditorum dilationes concessit, & exigere prohibuit, exactionemq; in annum meliorem aliquem reservari voluit, nō poterit B. A. cum Quæstore ejusque heredibus, ne dum cum ejus vidua, actio esse: Quæ cum supra sint satis confirmata, ea non repeto. Corruit hinc quoque, quod dici potest, officiales negligentes exigere debitores, teneri de proprio suo reficere ac resarcire: quia, ut dictum est, nulla culpa in Quæstore residet, qui necesse habuit superiori suo parere, & sic prævidere non potuit, quod voluit, imo dici potest; postrema † creditoris mora
193 nocebit, non Quæstori, ejusque viduæ, sed suo autori D. B. A. *l. semel. ff. solut. matrimon. l. illud. 17. ff. de peric. & comm. rei vend. ibi Petr. Costal. Bart. ad l. si per emptorem. §. ult. ff. de act. empt.* Et quod propterea maturius non discessit ab hoc officio, eo magis reus non est, cum nulla culpa in hoc sit, sed in illo, quod impeditus est officio suo fungi. Quæ culpæ causa, cum in ipso non resideat, sed in superiore suo: valdè iniqui essemus, si in ipsum pœnam, quam alius meruisset, transferre velimus, *contra l. sancimus. C. de pœn.* Deinde spes melioris fortunæ illum procul dubio detinuit, ut aliquando solidum exigeret, qua spe sæpè lactatus esse dicitur. Porrò † si qua hic culpa esset, ea æ- 194
què in Dn. B. A. observaretur, qui cū non ignoraret omnia, quæ tanquam recepta erant, registris erant inserta, non esse singulis trimestribus, vel singulis annis exacta, & tamen in eo Quæstori acquiescebat, nec etiam singulis annis finitis sibi juxta tenorem principalis conventionis sub lit. A. satisfieri, vnd die Außliefferung geschehen/ curabat. Sic itaque culpa, si qua esset, cum culpa veniret compensanda. *juxta l. viro atque. ff. solut. matrimon.* Quinimo hinc vehemens præsumptio suboriretur, Quæstorem rectè functum esse suo officio, eamque præstitisse diligentiam, quam potuerit & debuerit, *argumen. clem. unic. §. porro. de haret. c. faciat homo. 22. quæst. 2.* Deinde qui † scit damnum dari, nec prohibet, cum pos- 195
sit, ipse fecisse censetur, ejusque scientia pro facto habetur, ac pro ratihabitione, *l. 1. §. 1. l. 5. ff. si fam. furt. fec. dic. & l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. vers. rectius itaque. ff. de nox. act. leg. non solum. in prin. & §. 1. ibi Bart. ff. de injur. l. 2. § dolo autem malo. l. 4. §. hoc autem edicto. §. sequ. ff. vi bon. rapt. Litem Mela. §. si alius tenuit. ff. ad l. Aquil.* Ut ideò hoc etiam retorqueri in D. B. A. possit, quod dicitur, culpæ reum esse, qui impedimentum non amovet, cum possit. *l. qui potest facere. ff. de reg. iur. cum simil. ib.*

Siquidem si hoc, quod in facto præsupponitur, legitimè probari poterit, manifestum esset futurum, B. impedimentum exigendi tributa & reditus, cum potuisset, non tantum non sustulisse, sed etiam auxisse, & sic in manifesta culpa deprehenderetur, ut quod damnum sua culpa sentiret, sibi non alii imputaret. *Hyppol. de Marsil. singul. 350. num. 1.* Tantò minus igitur ex eo aliqua culpa in uxorem defuncti Quæstoris redundabit: ut quæ hoc facere non tenebatur, & quamvis conata fuisset, frustrà laborasset, *argumen. d. l. 2. ff. de reg. iur.* cum neque uxores oporteat in maritos imperium sibi sumere, sed illud maritorum sit, *arg. l. 2. ff. de injur. Bald. in l. 1. C. de bon. qua lib. & in l. si uxor. C. de cond. insert.*

Decimi quarti infirmitas ex superioribus liquet, satisque omnis præsumptio sinistra, si qua esset, per supra deducta, & probationem sæpius dictæ inhibitionis & impedimenti eliderentur. Deinde † Hieron. Schurff. *d. cons. 65. num. 7. vers.* 196
& in quolibet. cum Bart. in d. l. 1. §. officio. de tut. & ration. distrab. non absolutè hoc statuit, sed ex hypothesi, nempe, si administrator ille librum rationum non confecit, aut repertorium non conscripsit, aut simile quid fecit, vel omisit, quod sui erat officii: ut ita ex facto suspecto præsumptio oriatur. Aliàs regulariter officiales præsumuntur debitam in his, quæ offi- ii sui sunt, diligentiam adhibuisse, præsertim iurati, *ut supr. ex Tib. Decian. respon. 2. num. 213. volum. 1. Francisc. Bursat. consil. 331. num. 9. & consil. 387. num. 3. cum similib. allegatu probatum est.*

Decimum quintum † satis quoque enervatur per superiora; maximè cum hæc potissimum 197
causa sit, cur *d. authent. si qua mulier.* locum habeat, quia mutua vice fidejusserunt: quod jus illud fieri noluit. Cum itaque jura illa in majore propo-

propositione allegata procedant, ut omnia alia, cæteris paribus, hoc est, præsuppositа facti habilitate, utique ea hic propter defectum huius habilitatis, obtinere non possunt.

198 Sic & postremum † locum inveniret, si culpa Quæstoris huius aperta esset, aut si esset, non haberet, quo plenè excusaretur, & elideretur. At non posse illi ullam culpam huius reliqui debiti intuitu imputari, aut si qua sit, eam tamen legitimè purgatam & amotam esse, seu amoveri posse, ex superioribus planum est: Ut sic quoque diversitas qualitatis facti operetur diversam juris dispositionem, Jacob. Menoch. *consil.* 50. *nu.* 2. *Joseph. Ludov. decis. Lucens.* 44. *num.* 61. *&* 62.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

199 EX his † iam quoque liquet, quenã exceptiones, nempe non competentis actionis, & in factum non existentis conditionis, itemque nullitatis statim ab exordio controversiæ motæ, & ante litem contestatam ex d. auth. si qua mulier. & tenore obligationis obiici posse. Sunt enim hæ actiones peremptoriæ, & quidem litis ingressum impedientes, ut ex Bald. & aliis, *in dict. authent. si qua mulier. & Felin. in c. super his, num.* 18. *extr. de accusat.* aliis supra allegatis autoribus, manifestum est. Idque inprimis hoc nostro casu, quando incontinenti exceptio nullitatis, & non competentis actionis, ex d. authen. si qua mulier. competens probatur, & ex ipsa re notoria est. Tunc enim negotium eiusmodi peremptorias exceptiones penitus perimere, & agentem à limine iudicii præcludere, egregiè tradit Bart. ad *leg. ult. num.* 3. *ff. pro suo. Bart. & Jason. num.* 16. *&* 17 *ad l. nam posteaquam. ff. de jurejur gloss. & Costal. ad l.* 3. *§. ibidem. ff. ad exhib. Philipp. Franc. num.* 8. *in c.* 1. *de litis contestat. in* 6. *Bald in l. fin. C. de edict. D. Hadr.*

200 *coll.* Quod si judex † has exceptiones reiecerit, & non attentis iis litis contestationem injunxerit, putandum est, eum existimasse, quod altiorem indaginem requirant, & sic litem contestari jussisse, *juxta Bart. Bald. Castr. Petr. Costal. in dicta lege* 3. *§ ibidem. ff. ad exhib. per illum text. & l. ille à quo* 13. *§. quid ergo. ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Joh. Zanger. *de except. part.* 3. *cap.* 23. *num.* 11. Ideoque nihilominus post litem contestatam, seu in hoc exordio litis contestandæ ac repetendæ sunt, in vim exceptionum peremptoralium actionem elidentium, ac defensionis robur habentium, juxta doctrinam prædictorum interpretum fundatam, *in d. leg.* 3. *§. ibid. cum similibus.* Et cum satis de his, in præcedente conclusione dictum sit, plura non addo.

Præter has etiam plures aliæ exceptiones huic viduæ competere possunt: de quibus succinctè etiam agemus.

201 Primò † itaque occurrit exceptio excussionis. Nam quatenus cum marito Castri Quæstori se in hac causa obligavit, mera est fidejussio, sive intercessio, ut supra vidimus. Fidejussoribus autem excussionis beneficium ut prius non conveniantur, quam si debitor principalis, seu heres eius excussus sit, datum esse, patet *ex authent. præsente. C. de fidejussor. authent. hoc si debitor. C. de pignor. Andr. Gail. pract. observat.* 27. *num.* 1. *& sequentib. lib.* 2.

Quæritur ergò, sitne huic exceptioni hoc casu locus?

Id quidem negandum videtur. Disertè enim huic † beneficio, ut & divisionis, non simpliciter, sed benè certiorata renunciavit, *iuxta ea, quæ tradunt gloss. in d. authent. præsente. & Nov.* 4. *cap.* 1. *verb. accedat. Hyppol. de Marsil. de fidejuss. num.* 7. *Anton. Gomez.* 2. *variar. resolut. num.* 14. *vers.* 1. *Modestin Pistor. consil.* 35. *num.* 26 *lib.* 1. *Alexand. consil.* 29. *num.* 34. *libr.* 7. Jacob. *Thoming. in decis. quæstion. illust. quæst.* 1. *Andr. Gail d. observat.* 27. *num.* 21. *lib.* 2. *Wesembec. consil.* 14. *num.* 12. *&* 13. Nec enim † renuncianti juri suo datur regressus ad illud quod repudiavit, *l. nec is qui.* 17. *§.* 1. *ff. de acquiren. heredit. l. quæritur. §. si venditor. ff. de ædil edict. l non videtur. ff. ne quid in fraud patr. l. postquam liti. C. de pact. l. fin. C. de remiss. pign. c. ex transmissa ext. de renunciat. Tib Decian. resp.* 91. *nu.* 41. *vol.* 5. *vers non potest nunc revocare. Joh. Pet. Surd. cons.* 133. *nu.* 1. 202 203

Secundò † electio reservata est D. B. A, ut in eius sit arbitrio, à quo initium facere velit, & sic in solidum E. obligata est, absque ullius ordinis consideratione. *argumen. l. si quis stipulatus.* 112. *ff. de de verbor obligat.* Nisi enim hanc vim illa electio haberet, ut à solidi præstatione quisque eorum, quem ex confidejussoribus elegerit, se non possit liberare, sed statim teneretur solvere, nullius utilitatis hæc pactio foret, quod jura non permittunt, quæ singula verba aliquid operari, & cum virtute operandi singulari stare volunt, *gloss. in l.* 1. *ff. de pericul. & comm. rei vend. & in leg.* 1. *C. de pact. pign. Bald ad rubr. C. de contrahen. empt. & vendit. quæst.* 9. *Hyppolit. de Marsil. de fideiussor. num.* 63. *&* 64. 204

Quinimò vim constituti principalis debitoris hæc verba habent, & disertè se ut principalem constituit: Qui verò intercedentes se constituunt principales, Als selbst schuldige / ordinis beneficio non debent gaudere, Johan. Zanger. *de except. part.* 2. *cap.* 15. *de except. excuss num.* 9. *vers aut nisi se ut principales. per Lantique.* 23. *§* 1. *cum ibi notat. à Bald. C. ad Senatusconsult. Vellejan. & gloss in d. Nov.* 4. *de fideiuss. cap.* 1. *verb. fideiussorem. Marius Ant Natta in addition. ad Alex. consil* 29. *num.* 36. *lib.* 7. *in verb. simul. Andr. Fachin. lib.* 8. *contr. jur. cap.* 54. cum hoc beneficium non sit principalibus reis, sed pro iis fidejubentibus datum, *d. authent. præsente. C. de fidejuss.* & contractus legem ex conventione hac acceperit, *juxta l. semper in stipulationibus. ff. de reg. iur. l lecta. ff. de reb. cred. si cert. petat. l.* 1. *§. si convenit. ff. depos.*

Tertiò † cessat quoque prædictum beneficiũ, si notoriè constet, reum principalem (ut hoc casu Quæstoris filia unica est) non esse solvendo, quoniam in notoriis excussionis necessitas non requiritur, ob id, quod inanis ea sit, quam debitoris inopia excludit, teste Andr. Gail, *d. observat. pract.* 27. *num.* 14. ubi plures in hanc sententiam autoritates allegat, quibus accedit Corneus *cons.* 151. *num.* 5. *volum.* 4. *consil.* 46. *num.* 13. *volum.* 2. *Wesembec. d. cons.* 14. *num.* 19. *Barthol. Socin. reg.* 134. *in* 5. *limit. Anton. Gomez. tom* 2 *cap.* 13 *num.* 14. *Matth. Coler. part.* 1. *cap.* 10. *num* 340. *Valen. Franc. de fideiuss. cap.* 5. *num.* 315. 316. 317. ubi etiam † quomodo notorium probetur, & quid illud sit, declaratur, inprimis à Gail. *d. observat.* 27. *num.* 15. *Natta consil.* 275. 205 206

fil.275.num.1.Joseph.Mascard. vol. 2. de probat. concl. 1108.Valen.Fran.de fideiuss.d.cap.5.num.308.& seqq. nempe fama vicinorum, quib. debitoris inopia, (ut & hoc casu) nota est, vel si exploratio apud familiam & alios, aut circa res, quas possidet, instituatur, imò sufficit saltem ex præsumptionib. & coniecturis constare, principalem solvendo non esse, *Grat.cons.62.col.fin.vol.2.Wesemb.cons.10 num.37.*

207 Quartò, † quando bona Rei principalis apud fidejussorem sunt, exceptionem excussionis non admitti, *tradidit Barb. ad c. pervenit. extr. de fideiuss. & Capella in decis. Tolos. 196. per l.si procuratorem.§.si ignorantes.ff.mandat.* Sed sic est, E.mariti bona defuncti omnia apud se habere dicitur. Frustrà igitur hac exceptione utitur.

208 Quintò, in † facti promissionibus fideiussor excussionis beneficio non iuvatur, *Modest. Pistor. consil.1.num.50.tom.2.* Hic autem in facti promissionibus versamur, exigere tributa, datia & reditus administrare, & diligentiam adhibere: pro his enim factis interventio contracta est.

209 Sextò, si † causa, de qua quæritur, ex æquo & bono decidenda sit, huic exceptioni non est locus, quia censetur de apicibus & rigore iuris esse, *gl.in l.si mancipium.§.1.ff de evict.Petr.Costal.ad l.si fideiussor.29.§. quadam.ff.manda. Aym.Crav. cons. 263.nu.1.* ut ita in his, quæ ex æquo & bono sunt determinanda non attendatur, *per d. l.si fideiussor. §.quedam, ibi gl.& l.si non cognitio. C.si contra jus vel util.publ. ubi Ant.de Padilla And.Gail.d.obs.27.nu.26 Hart.Pist.lib.quæst.iur. 6.nu. 30. Valent. Franc. de fideiuss.d. cap 5.n.393.& seqq.* qui ibidem *n.396.ut & Gail d.obs.27.nu.27.* ex eo colligunt, in foro mercatorum hanc exceptionem ideo locũ non habere, quia causa eorum ex æquo & bono in foro

210 mercuriali decidendæ sunt. Hic † autem contractus eiusmodi est, ut ex æquo & bono procedat ac decidi debeat, cum habeat clausulam, dolum malum abesse, abfuturumque, *alles trew / sonder Argelist /* cuius clausulæ ea vis esse putatur, ut ex contractu stricti iuris conficiat contractum bonæ fidei, ac qui ex æquo & bono dijudicari debet, *Wesemb.ad §.actionum. n. 1. Instit.de action.ex Bald. consil.343 lib. 1. per l.hoc iure.152. §.final. ff. de regulis iur.*

Hoc enim contrahentes ea actione cavent, quod bona fide velint omnia fieri, non tergiversari, neque scrupulosa effugia quærere, *l.doli clausula, l.ex ea parte.ff. de verb. oblig.* Ergò nec hic E. ea utetur exceptione.

211 Septimò, † maritus & fœmina in hac conventione sunt duo rei principales, ut in exordio eius & passim videre est. Sed inter duos reos cessat excussionis beneficium, etiamsi ei specialiter renunciatum non sit, *secundum Duenn. reg.335.limit. 19.per auth. hoc ita.C.de duob.reis, & gloss. in d. auth. præsente.Valen.Fran.d.cap.5.nu.422.*

212 Octavò, † non hæres S. sed ipsemet, qui iam defunctus est, in mora constitutus fuit, quando exigenda non exegit, solvenda non solvit, nec id fecit, quod facere promiserat. At quando debitor principalis iam in mora constitutus è vita discessit, fideiussor hanc exceptionem frustra expetit contra heredem debitoris. *ut ex gloss. in l. si plures. & Bald. nu. 24. Duenn. dict. reg. 335. limit. 12. & aliis quibusdam probat Valentin. Franc. d. capite 5. num. 424.*

Nonò, † fideiussor succedens debitori principali, frustrà quoque hoc auxilium implorat, *per l. fideiussoris 24. C.de fideiussor. leg. debitori. C.de pact. l. si reus. 13. ff. de duobus reis, l. si duo. 39. in princip. & fin. ff. de solut. Hyppol. de Marsil. de fideiuss. ad rubr. nu.20.* 213
Sed hæc vidua marito suo iure consuetudinis F. successisse creditur, & quidem ita, ut omne æs alienum mariti solvere teneatur. Quare hoc etiam beneficium frustrà implorare dicenda est.

Sed his non attentis, magis est, ut dicamus, imò exceptione excussionis, sive ordinis E. uti, & statim ab initio opponere nõ minus posse, quàm etiam post litem contestatam eandem repetere, si, ut dictum est, iudex altiorem habere indaginem arbitratus fuerit, *per d. l. 3. §. ibidem, cum ibi annotat.* præsertim † cum plurimi sint, qui existimant hanc exceptionem non minus post litem 214
contestatam, quàm ante eam quoque usque ad conclusionem opponi posse, *gloss. final. in fine, ad leg. 3. ff. de exception. Bald. numer. 3 Salycet. num. 16. Castr. num. 3. ad l. 2. C. eod. Cravett. consil. 263. numer. 5. Emanuel. Soarez. in thesauro commun. conclus. verb. fideiussor ordinis. num. 137. Guido Papa decision. 431. num. 10.* imò etiam post latam sententiam, *secundum Jason. in §.item si quis in fraudem. num. 81. Institut.de action. Corne. consilio 85. colum. 1. volum. 4. Anton. Gabriel. libr. 3. commun. conclus. 1. num. 10.* eamque sententiam benigniorem, & æquitati magis amicam iudicat Andr. Gail. *practic. observation. 27. num. 3. lib secundo. & Zanger. de exception. part. 2. capit. 5. numer. 3. versicul. fateor tamen, numer. 4. & sequen. Andr. Facbin. libr. 8. controvers. iur. capite 56.*

Uti autem posse hac exceptione, ex eo constat, quod hæc fœmina ex sua persona principaliter obligata esse non potest de administratione ipsamet, sed tantum de damno, quod suo vel mariti dolo vel culpa datum castro fuerit, ut supra, tum ex tenore obligationis, & natura ac conditione principalis negotii, tum etiam *ex d. l. 2. ff. de reg. iur.* cum similibus probatum est. Inde enim manifestum † redditur, quatenus pro marito intercessit, non immediatè & simpliciter fideiussisse, sed 215
promittendo indemnitatem, *argum. l. 2. verb. in id, quod tutor vel curator debiturus sit. C. de fideiuss. tutor. Bart. in l. 1. versic. nam hic fideiussit. C. de conveniend. fisci debitor. lib. 10. sub conditione, si quid damni castro illatum esse appareat. l. Lucius Titius. 21. §. 1. verb. propter damnum Reipubl. satisfacere debere. ff. ad municipal. l. 2. verb. damnum, quod ex cessatione accid sset. leg. quicquid. 7. C. arbitr. tutel.* Nam † eiusmodi expromissorem conditionalem, propriè & simpliciter non esse fideiussorem, sed indemnitatis promissorem, egregiè probant Castrens. *num. 2. & 3. Jason. num. 1. Zas. num. 3. versic. collige ex textu. ad l. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet. per d. l. 1. C. de conven. fisc. debit. lib. 10 & text. in d. l. fin. & l. 1 in prin. & § si magistratus. ff. de mag. str conveniend. & in leg. 2. §. sed si filius. versic. pater verò ita. leg. libertus. 17. §. final. ff. ad municip.* in subsidium scilicet obligatum. *Zas. d. num. 3. Jason. d. num. 1. & alii. in d. l. fin. Bald. ad leg. penult. num. 24. C. de condit. insert.* Quique pro † fisci vel Reipublicæ debitoribus intercedunt, solent ut plurimum esse indemnitatis fidejus- 216 217

dejussores, seu subordinati promissores, *ut colligitur ex d.l.1. & ibi Bart. C.de conven.fisc.debit.lib.* 10. *Zas.in l periculum.35.nu.4.6.& 7.& d.l.fin.ff.de reb. cred.si cert.pet.facit l.1.in fin.C.de decur.lib.10. ibi gloss. & Doctor. l.curatores.3.§.fin.ibi Alex.ff.de administ.ad civitat pertin.* ac tales in dubio videntur censendi, *per d.l.curatores.3 §.fin.in fin. in verb. videlicet postquã res ab eo servari non potuerit, pro quo intercessit.d.l.1.C. de decur.lib* 10. *nu.1.* plurimi existimabant, speciale esse in fidejussore quolibet officialium, etiam simpliciter accepto, ut conveniri non possit, nisi principali excusso, etiamsi de bonis principalis
218 aliqua bona emerit. Quod † sæpe ex eo probabile videtur, quod olim *ante Novell 4.de fidejussor. & auth.præsente.C.de fidejuss.* liberum fuit recte à fidejussoribus simpliciter acceptis initium facere, principali nondum discusso, *l 3.l.5 l.si alienam.19. l.si ut eligendi.21. l.reos. 23. C.de fidejussor.* Attamen
219 in † *d.l.1 C.de decur.lib.10 d.l.1.& l.2.C.de conven fisc. debitor.lib.10.d.l.3.§.fin.de administ.rer.ad civit.pertin. d.l.2.§.sed si filius.d.l.libertus.17.§ fin ff.ad municipal. l.fidejussores.68. de fidejuss. cum similib.* respondetur, fidejussores magistratuum, administratorum civitatum & officiariorum, ac debitorum fisci non conveniri posse ante reos principales, sed iis demum excussis, & quando constat, quid & quantum fiscus vel Respub. ex bonis eorum consequi non possit. Idq; etiam Roderic.Soarez. *in lect. ad leges fori lib.2 tit.de compendina,§.quæritur.nu.9.& seqq.* ubi ex prædictis, inquit, in foro unum satis notandum, quod si aliquis fidejubet pro aliquo officiali publico autoritate & utilitate, iste fidejussor non potest conveniri, nisi excussione præcedente, dato, quod renunciasset beneficio de fi-
220 dejussoribus. Et † certe tanto magis hoc nostro casu credendum est E. pro marito non simpliciter, sed in subsidium & subordinate fidejussisse, ne videatur se una cum marito principalem constituisse ejus rei, cujus non poterat in ipsa existere primordialis & principalis obligatio, sed tantum subordinata, seu subsidiaria, ut *per d.l.2.de regul.jur.* cum similibus in resolutione primæ quæstionis dictum fuit. Ejusmodi autem subsidiarium administratorem vel debitorem revera indemnitatis esse, patet ex iis, quæ Zasius notat *ad d.l.periculum 35.nu 4.& 6.& d.l.fin.nu.3.8 9.& 10. ff.de reb.cred.si cert.pet. Pro quo etiam facit l 3.versic.ut primus ex bonis exactoru. C.de conven.fisc.debit.lib.10. & quod gloss. in d.l.periculum. & in l.1.§.nunc tractemus. ff.de tutel.& ration.distrah. & in l.1. C.de transact. nec non ibidem Bart. Bald.Jas. Cyn Castr. & reliqui Doctores omnes tradunt*, distinguentes inter plures officiales vel tutores, quorum quidam administraverunt, quidam non; nam primum illi, qui administraverunt conveniendi & executiendi sunt; post eorum fidejussores, & tandem ad eos, qui non gesserunt, seu administraverunt; *de quibus etiam Zas.in d.l.periculum.num.6.7.post Jason.* Sic & hic maritus administravit, & quidem solus, quia debuit, cum ex lege contractus sub litera A. tum secundum jura *propter d. l.2. ff. de regul.jur.*

221 Certum † autem est, subsidiariũ & indemnitatis fidejussorem, etiamsi beneficio ordinis sive excussionis renunciasset, non tamen posse ante reum principalem conveniri: idque non solum Roder. Soarez. *d. loc.* sed & Bart. Bald. Jas. *in princ. in versic.& propterea infert Angel. num.3. Alciat. Zas. num.5. Castr.num.3. ad d.l.fin. ff.de reb.credit. si cert.petat. Bart. in d.l.1. C.de conven. fisc.debitor. lib.10.& Petr. Costal.in d.l.fin.versic.* plus etiam dicitur, inquit, hunc fidejussorem non posse renunciare priuilegio discussionis: ante enim non debet, *per d. l. 1. & ibi Bart. Accedit Alexand. consil. 29.num.34. volum.2. Hyppol.de Marsil.ad rubr.de fidejussor. num.314. Corneus consil.109. num.7. volum.5. Felin. in c.ex rescripto. extr.de jurejur. Andr.Gayl.observat.27.num.13.lib.2.pract.observat. Emanuel.Soarez. in thesaur.commun.opinion. verb.fidejussor. num.138. Valent. Francisc. in tract. de fidejussor. cap.5. num.169.* Quod † adeo verum credit Zas. *in d.l.fin. nu.*8. ut 222
ne quidem jurejurando renunciatio facta teneat, quia juramentum intelligitur & exauditur secundum materiam subjectam, *l.fin.C. de non numer.pecun.* nec conditio ejus, quæ huic fidejussioni natura inest, purificari potest ante factam excussionem: tametsi Bald. *in c. ex rescripto. extr. de jurejurand. argum. illius text.* diversum sentiat, quem & Petr. Costal. *in d.l.fin.* sequitur. Verum si paulo pensius textus *d.c.ex rescripto.* ponderetur, id non probat. Itaque idem Bald. hac in parte sibi ipsi contrarius ab ea opinione discedit *ad rubr. C.de rer.permutat.* & priorem sententiam veriorem judicat, quam & Zas. sequitur *d.num.8.in d. l.fin.* communiq; calculo hanc receptam esse testatur Eman. Soarez. *in thesauro receptar. sentent. verb fidejussor.num.139. post Alciat.in d.l.fin. & Felin. in d.c.ex rescripto.*

Qua de causa, etsi renuntiasse videtur certiorata huic exceptioni, ex conditione tamen & natura hujus negotii non debet impediri, quin ea cum effectu utatur.

Idque † hoc casu propterea quoque admittendum est, quod nondum conditio conventionis extitisse constat, nempe, utrum etiam aliquid & quantum debeat quæstor D. B. A. Siquidem id omne, aut certe maxima pars reliquorum, quæ calculi subductione & dispunctione facta apparuerunt, à subditis non est exacta, sed adhuc debetur. At prius illi executiendi sunt, qui reliqua debent, quam ad executorem, seu quæstorem ipsum perveniatur, *per text. expressum in d. l. 1. C. de conven.fisci debitor. lib.* 10. Eos, inquit, Imp. priore loco conveniri, qui reliqua contraxerunt; mox ad vos, &c. Reliqua enim sunt, quæ debita manent post factam rationũ dispunctionem, *l. qui nominibus.44.ff.de administrat.tutor. l.Lucius Titius.53.ff de testam.manum. l.6.§ fin. l. Sticho. 40. § argentarius. ff. de statu liber. l. constitutionibus. ff. ad municipal. l.penult. §.conductores. ff. de jure immun.* Qui igitur hæc reliqua contraxerunt, hoc est, primordialiter debent, omnium primi excutiendi sunt. Quod vel inde eo verius est, quod nec de culpa defuncti mariti aliter, quam discussis illis ærarii debitoribus apparere quid certi potest. 223

Quibus † diligenter ponderatis, non obstant 224
ea, quæ dubium nobis facere videbantur. Nam quod primum de renunciatione est, hic locum non habere, modo ex Bartol. *in d.l.1. Bald. Jas. Alciat. Dec. Zas. Petr. Costal. in d. l. final. Emanuel. Soarez. d. verb. fidejussor. num.138. & 139. Gayl. d.observat.27.*

vat.27. num.13. Felin. in d. cap. ex rescripto. multisq; aliis apparuit, qui omnes negant, posse fidejussorem indemnitatis ordinis seu excussionis beneficio renunciare: reluctante natura ac conditione ejus promissionis. Quod autem hæc non sit simplex fidejussio, sed intercessio indemnitatis: primo, ex natura negotii principalis: secundo, ipsa conventione: tertio, promittentis conditione: & quarto, legum suffragio jam demonstratum est.

Sic & alterum, quod in simplici fidejussione locum habere potest, refutatur. Deinde, etsi verba in contractu posita videntur E. principalem contrahentem non minus, quam maritum designare; si tamen totum negotium ejusque substantiam & finem consideremus, liquido patet, mariti negotium principaliter contractum esse; uxorem vero intercessisse pro marito, & revera sustinere fidejussoris partes, se suaq; bona pro marito obligantem, cui ideo minor fides habebatur, quod immobilibus eo loci carebat; uxor autem locuples erat, & latafundia ibi possidebat, ut in resolutione primæ quæstionis vidimus. Præterea non caret lite eorum sententia, qui contendunt, principales se pro aliis constituentes, selbst schuldige Bürgen / carere beneficio excussionis: etenim ab horum, & quidem paucorum, sententia per diversam sententiam ab universis prope discessum est, nempe etiam his exceptionem excussionis dandam esse, *juxta gloss. in d. Novell. 4. de fidejussor. cap 1. verb fidejussorem. ibi Azo num. 6. Alexand. in Apostill. ad Bart. in Rubr. judicat. solv. versic. quærit Dynus. idem Alexand. in l. ubi autem. §. illud. num. 4. ff. de verbor. obligat. Castrens. ad l in personam. §. 1. num. 2. ff de pact. & in l. sed Julianus. num. 1. & 3. ff. ad Senatusc. Macedon. Guido Pap. singul. 604. num. 2. Cynus num. 6. Salycet. num. 5. ad d. auth. præsente. C. de fidejussor. Aretin. ad §. si plures. in fin. Instit. de fidejussor. ibid Joan Schneidvv. num. 11. Modest. Pistor. consil. 1 num. 49. volum. 1. Wesemb. consil. 14. num. 12. Capell. Tholoss. decis. 80. Anton. Gabriel. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num. 29. Andr. Gayl. observat. pract. 28 lib. 2. Ernest. Cothm. respons. 22. num. 6. 7. 8. & seqq. volum. 1.* Ut ideo tanquam communiori tutius sit inhærendum: ma-
225 xime, † cum utrobique conditio fidejussorum & constituentium æquiparentur, *gloss. in d. auth. præsente. & gloss. in d Novell 4 cap. 1. de fidejuss. Zas in fin. in §. de constituta. Instit. de action. Joan. Schneidvv. in §. in personam. num. 28. & 29. Instit. eod.* ubi aliud in specie non reperitur cautum, *gloss. in l. si remunerandi. 6. §. si passus. ff. mandat.* Tantum autem abest, ut inter constituentem alienam obligationem & fidejussorem aliqua sit differentia, quoad beneficium ordinis, *ut in d. Novell. 4.* quoad id per omnia parificentur: imo nominatim generalitate sua, idem de iis, quod de fidejussoribus caveat, *ut recte docuit Zas in fin. ad d. §. de constituta. &*
226 *Schneidvv. d. num. 29.* Denique † taciti non potest esse major potentia, quam expressi, ut notant Doctores *ad l. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. & ad l. 2. l. 3 colum. 4. ff. de pact. Tiber. Decian. respons. 31. num. 27. volum. 1.* imo minus operatur, quam expressum, *l. precibus. ubi Doctor. C. de impub. & aliis substit. Bart. in l. ult. in princ. ff. de legat. 2. gloss. in l. cum duobus. § socium. §. omnium. ff. pro soc. Tiber. Decian. respons. 73. num. 35 volum. 2.* At nec expressæ renunciationis effectus is in hac causa esse potest, ut tollat hoc privilegiũ, uti modo probatum est. Ergo nec tacita illa, quæ ex facultate electionis colligi vult.

Circa † tertium negatur notorietas; cum 227
quisque præsumatur idoneus & solvendo, donec contrarium doceatur, *l. si creditores. 5. in fin. ff. de separat. l. si defunctus. 10. C arbitr. tutel. gloss. in l. 5. § qui pro rei. ff. qui satisdar. cog. l. sive possidetis. C. de probat. Hostiens. Joan. Andr. Panorm in c. 1 in fin. extr. de scrutin. in ordin. facien. Fulvius Pacian. lib. 1. de probat. c. 54. num. 20.* Deinde, quia nondum excussi sunt, qui reliqua contraxerunt, hoc est, debent, ut ita nondum possit constare, utrum solvendo sint, nec
ne. Rursum † non satis est, in hac quæstione a- 228
liquid notorium dici, vel esse, nisi etiam doceatur à creditore, quod revera notorium sit: ut allegati autores indicant; ideoq; modos probandi notorium describunt. Denique quamvis notorium sit, tamen neque hoc sufficit, nisi super eo sententia declaratoria intercedat judicis, *Panorm. ad c. porro in 1. not ab. extr. de divort. Valent. Franc. de fidejussor. cap. 5. num. 341. per c. cum dilectu. versic. his igitur. versic. cum nimirum si crimen notorium, &c. extr. de purgat. canon.* ubi etiam Decium *in l. fin. de reb. credit.* & Ant. Gabriel. *d. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num. 54.* ejusdem sententiæ approbatores laudat. Quæ cum omnia hic absint, nec adesse ostendatur, nihil prætensa notorietas obstare potest.

Quarti † minor negatur: cum multo plura 229
bona E. alienaverit, quam ille ad eam attulerit, ut in facto proponitur: ut si quæ adhuc supersunt, eaq; illa apud se habeat, potius jure retentionis sibi possideat, quam ut ex iis creditoribus mariti satisfacere teneatur: cum his omnibus adeoque castro huic non solum causæ, sed & temporis privilegio vallata longe præferri debeat, *per d. l. in rebus. C. de jure dot. d. l. in assiduis. C. qui pot. in pign. l. 1. C. de privil. fisc.* de qua re fortasse plura in tertiæ quæ-
stionis resolutione. Deniq; † major illa proposi- 230
tio ita demum se habet, si non aliam ob causam res apud fidejussores sint, & quidem ita, ut nec ipsi fidejussores ex aliis causis possint videri potiores creditoribus replicantibus: quod & ratio æquissima dictat.

Quintum † procedit, & verissimum est, ubi 231
de mero facto quæstio est: cum ad factum nemo præcise cogatur; sed eo non præstito, succedat obligatio ad id, quod interest, *§ fin. ubi Doctor. Instit. de verb. oblig. l. quatuor. 30. § fin ff de leg. 3. l. si quis. 13. §. fin. ibi Bart. Jas. Duar. Castrens. Bald. Alex ff. de re judic. Bart. in l. unic. quæst. 4. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. Bald. ad l penult. C. de condit. insert. l. 2. l. 3. l. 4. ubi Doctor. omnes l stipulationes non dividuntur. versic. Celsus. ibi Castr. l. si insulam. 84. cum similib. de verb. oblig.* At hic non factum merum, sed mixtum in stipulationem deductum est, magis in dando, quam faciendo consistens: imo dandi stipulatio contracta est, nempe ejus, quod damni datum fuerit, quam stipulationem dandi esse, per *d. l. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet. d. l. 1. de conven. fisci debit. lib. 10. Zas. in d. l. periculum. ibid. Jas. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. stipulatio ista. 38. §. si quis dolum. d. l. stipulationes non dividuntur. 72. §. si quis ita. ff. de verbor. obligat.* palam redditur.

Ad

232 Ad † sextum respondetur, negando, quod hæc exceptio sit de apicibus & rigore juris, quatenus is, qui eam opponit, certat de damno vitando, & sic vim peremptoriæ exceptionis habet; sed tantum quatenus est de ordinis præposteratione, hoc est, mere dilatoria, ut exceptio procuratoria, judicii substantiam non afficiens, *juxta l.exceptione. C.de probat. l.exigendi. ubi Jas. C.de procurat. cum qua gloss. & interpretes eam conferunt in d.l.si fidejussor.19 §.quadam. Alexand consil.114 in fin. volum. 6. Boer. & alii.* ut ita eorum assertio secundum quid, non simpliciter, procedat. Nam si in vim peremptoriæ opponatur, non est dubium, quin sit de æquitate, *per l. Mos sibi. verb. æquum putavit. ff. de jure fisc. & quæ à Zasio post Dec. Castr. Jas. & alios in d.l.fin. ff. de reb.credit si cert. pet. sunt cumulata, Menoch. de arbitr judic. quæstio. lib. 1 quæst. 51 num.7. & seqq.* Qua distinctione etiam utitur Aym. Cravett. *d. consil. 263. num. 1. versic. ad hanc difficultatem.* ubi plures alios ejusdem distinctionis autores allegat, veluti Corne. Castr. Crot. &c. & quamvis ibidem *in versic. sed præmissa dubitabilia, &c.* pleraque moveat, cur dubitari possit de veritate hujus distinctionis, tamen *num.3. & seqq.* ea egregie refutat, & late ostendit, hanc exceptionem omnino de æquitate juris esse, & in naturali ratione omnis æquitatis fonte fundatam, præsertim quando interesse opponentis in ea agitatur, & sic vim perimendi habet. Quod cum ita sit, eadem distinctione hic erit utendum, cum E. quam maxime certet de damno vitando, & interesse suo, ne indebite & contra naturam promissionis suæ
233 gravetur. Deinde † prædicta consideratio procedit, ubi de simplici & plano proceditur, ut in foro mercatorum: at in eo foro non versatur hæc causa. Sed & id, quod dicitur, contractum stricti juris per doli mali clausulam fieri bonæ fidei, lite non caret; imo plane exploditur, *per l. si id quod aurum. l. stipulatio ista. 38. §. si quis dolum. l. doli. 119. l. ex ea parte. 121. ff. de verbor obligat. l. verba. 69. cum ibi annot. ff. de verbor. signific.* Quibus ex locis hoc evidens est, non cessare propterea vel mutuum, vel quem alium stricti juris contractum, imo ne quidem stipulationem ipsam stricti juris esse, quod doli mali stipulatio, sive
234 clausula subjecta sit. Deinde, † si ea sententia vera esset, falsissima esset illa, qua certus ab omnibus bonæ fidei actionum statuitur numerus, *in §. actionum. Instit. de action.* cum longe plures extarent, & quotidie fierent, quam ibi enu-
235 merantur. Nec † etiam divisio illa actionum, qua aliæ bonæ fidei, aliæ stricti juris distinguuntur, jure dici posset substantifica, sive ab adjuncto substantifico, & inhærente essentiali, seu proprio, ut eam esse docent Angel. Zas. Mynsing. &
236 alii *in d. §. actionum.* Propria enim, † sive substantifica, seu formalia adjuncta confundi & commutari non possunt, nisi & res ipsæ commutentur & tollantur, *secundum Polan. lib. 1. Dialect. cap. de adjunct. Jul. Scaliger. exercit. 23. fol. 108. & exercit. 325. sect. 2.* Quod si ergo non desiit, esse stricti juris hæc fidejussio, utique nec prædicta assertio de apicibus juris non attendendis locum in ea habere potest.

Septimo potest satisfieri ex iis, quæ in resolutione primæ quæstionis sunt examinata: & quod revera sit intercessio fœminæ pro marito: in qua illa assertio locum habere non potest, per jura supra relata.

Sic & octavum per decisionem primæ quæstionis eliditur, cum ex ea constet, neque ipsam, neque maritum ejus in mora fuisse, sed potius, si qua mora sit, eam causatam esse à B. Deinde quo ad subditos exigendos, nulla esset mora defuncti, sed istorum non solventium: ut ideo nihilominus hi sint prius excutiendi; cum ante eorum excussionem constare non possit, quid & quantum culpa defuncti ærario castri absit, *argum. l. 1. & 2. C. de conven. fisci debit. lib. 10.* Non enim † fidejussores, præsertim magistratuum, 237
conveniri debent de eo, de quo non promiserunt, *l. fidejussores. 68. in princ. & § 1. ff. de fidejussor. d.l. 3. in fin. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. l. 2. §. sed si filius. l. libertus. 17. §. fin. ff. ad municip.* neque conveniri possunt, antequam reus principalis debeat, *l. fidejussor. 57 ff de fidejussor.*

Noni assumptum negatur, & respondetur idem, quod de ea objectione deductum est in examine primæ quæstionis. Et hæc de prima exceptione.

Secundo, exceptio † compensationis ex facto D. B. A. competere potest. Nam ut dolus 238
cum dolo, *l. si dolo. l. cum mulier. l. viro atq; uxore. ubi Doctores omnes, ff. solut. matrimo. l. 2. §. idem ait. ff. ne quid in loc. public. l. si alius. §. bellissime. ff. quod vi aut clam. Fulvius Pacian. de probat part. 1. quæst 59. num. 2. per l. si in emptione. §. item si & emptor. l. domum. §. fin. ff. de contrah empt.* delictum cum delicto, *l. si ambo. ff. de compensat. Joan. Petr. Ferrar. in pract. sua tit. de syndic. verbo. compensatio. Joan. Zanger de except. part. 3. cap. 6 num 27. Sebast. Medic. de compensat. part. 1. quæstio. 34. num. 1.* ita etiam culpa cum culpa compensatur, *Sebastian. Medic. in d. tractat. de compensat. quæst. 35.* ubi ait, hanc esse communem, & sic omnes sentire Doctores *ad d. l. si ambo.* præsertim (ut hoc nostro casu est) in correlativis culpis, *ut ibidem num. 2. ex Baldo probat:* ideoque reus & actor parem culpam circa idem compensant, *per d.l. si ambo. d.l. viro atq; uxore. l. in arenam. C. de inoffic. testam. Tyndar. de compensat. articul. 5. num. 30. 35. 37. & 38. Joan. Zanger. d. cap. 6. num. 27.* Sed † & mo- 239
ram cum mora compensare fas erit, cum in mora is non censeatur, à quo non petitur, seu qui non interpellatur, *l. quod te ff. de reb. credit. l. si pupillus. ff. de verbor obligat. l. nulla. ff. de regul. jur. l. mora. 32. ff. de usur.* Neque etiam is, qui sua die debito loco non adfuit, quando nec creditor aderat, vel alius ejus nomine, cui offerret, *l. item illa. ff. de constituta pecunia. Petr. Peck. ad cap. mora. num. 9. versic. adde. de regul. jur. 6. Aym. Cravett. consil. 648. num. 2. per l. arbiter si calendis. ff. de arbitr. Bart. in l. continuus. §. cum ita. ff. de verbor. obligat. Anton. Gabriel. lib. 3. commun. conclus. tit. de solut. conclus. 9. num. 19. Tiber. Decian. respons. 11. num. 8. volum. 2. Roland. à Valle consil. 57. num. 35. 36. 37. volum. 1. & consil. 87. num. 20. volum. 1. Andr. Tiraquell. de retract. lignag. §. 9. in gloss. 3. num. 17. & seq.* Et cum † mora delictum sit, 240
quia dolus, itemq; culpa sit, *l. dolus. ff. mandat. l. sciendum. 21. legibus sequentib. dicta l. mora. ff. de usur. Aym. Cravetta consil. 609. numer. 9.* & ex mora delictum æstimetur, *l. si plures querelam. ibi gloss. ff. de administratione tutorum. in l. in re furtiva. in fin. ff. de*

ff.de condict.furt.l.inter stipulantem.§.penult.ff.de verbor.oblig. ac constet, dolum cum dolo, delictum cum delicto, culpam cum culpa compensari, hoc est, excipiendo & replicando repelli vel elidi; utique etiam hoc factum Burggravii moratorium faciet, ut si qua in I. T. mora argueretur, B. exceptione compensationis repelli debeat.

Ex proposita enim facti specie, de qua pluribus in prima quæstione actum est, colligitur B. in culpa & mora fuisse, cur quæstor officio suo in exigendis debitis, quæ nunc reliqua sunt, fun-
241 gi non potuit. Estq; † extra omne dubium postremam moram nocere, postremam culpam spectandam esse, l.illud.17.ff.de peric. & commu. rei vend.l.prætor ait.§.penult.ff.de nov.ope.nuntiat.l.semel. ff.solut.matrimo.l.qui decem.ff.de solut. Costal.& Bart. in d.l.illud.& in l.si per emptorem.§.ult.de action.empt. Aym.Cravett.consil.854.num.11.versic.apparet ex his.

Neque potest prætendi, posteriorem moram residere in persona quæstoris, idq; ex recessu lit. D. & monitorio lit. E. apparere. Hæc enim non probant, fuisse eum in postrema mora non exigendi, sed non exhibendi designationem extan-
242 tium. At † moram abrupit, mors omnia solvens, ut autor est Sebast. Medic. in tractat. mors omnia solvit. Neque vero amplius in officio fuit, ut ipse exigere potuisset: quam etiam ob causam manum suam militarem B. A. ad id pollicitus est. Itaque hinc nulla culpa alia, nec mora alia posterior elici potest, quam quæ modo dicta est: non autem, quæ possit quæstori imputari, cur durante officio suo non exegerit: quia non potuit,
243 B. A. prohibente. Et † cum in bona fide obtemperaverit, nullam pœnam meretur, gloss in l. si servum. §.non dixit.verb.amovere.ff de acquir.hered. l.quamvis.ff.de condit.& demonstrat. Tiber.Decian.respons.29.num 30. volum.1. bene enim fieri dicitur, quod bona fide fit, per l. eum qui. §. in popularibus.
244 verb.fuerit.ff.de iureiur. Nec † ideo etiam hæc mora circa idem, sed circa diversa accidisse dignoscitur, & ex novo quodam negotio à priore separato: ut ideo hæc posterior quæstoris non aboleat illam priorem. Circa diversa autem dolus, vel culpa, aut mora commissa regulariter non compensantur, sed singula suis causis reservantur: neque inter hanc, quæ circa diversa est, cadit prius vel posterius, Fulvius Pacian. d.cap 59.num. 30. Sebast.Medic.d.quæst.35.num 3.Tyndar.d.articul.5. num.32.34.& 35.

245 Neque † obstat, quod Fulvius Pacian. lib.1 de probat.cap.59.num.13.& 14.per l.si quis ad te fundum. C.ad leg.Jul.de vi public. d. l.illud ff.de peric. & commu. rei vend. & ex Roman in l.cum mulier. num.88. versic. fallit secundo.colum.2.ff solut.matrim. & ibidem ex Joan.Imol. num.52. versic. item suadet. col.penult. itemq; ex Aret. & Socin. tradit, compensationem delicti cum delicto, doli cum dolo non admitti, si posterius delictum prius, vel posterior dolus aut culpa priorem tollat: & sic nec moram cum mora compensari, ex quo posterior priorem absorbet. Nam hoc ita est, quatenus agens se in posteriore mora fundat: tum enim frustra objicitur compensatio moræ primæ, quia hæc per posteriorem jam ipso jure erat compensata & consumpta, ut amplius non esset: uti allegati autores & leges probant; quia sola posterior mora attendenda est, scilicet circa idem: ut ex Costal. Cravett. Bartol. & aliis supra allegatis liquidum est: Secus autem ubi agens se fundat in mora priore: hæc enim recte repellitur, vel per exceptionem compensationis, vel in factum, nec datur contra eam replicatio moræ prioris, per d. l.illud.17.ff. de peric. & comm. rei vend. Aretin.in §.1.
num.23.Instit.de except. Sed nec † obstat, si obji- 246
ciatur; imo videri hoc modo latam culpam quæstoris cum levi culpa B. aut levam culpam quæstoris cum levissima culpa B. talem autem compensationem non admittit Tyndar. d. articul. 5. num.36. Sebast. Medic. d. quæst.35. num.2. & 3. quæst. 34.num.2.& quæst.37. Fulvius Pacian. d.cap.59. num. 15.per l.item si obstetrix. in fin.ff.ad leg.Aquil.cum aliis ibidem allegatis. Primo enim negatur, quæstoris culpam aliquam esse, per ea, quæ Tiber.Decian. d.respons.29.num.30.& 31.volum.1. respondit, aut si qua est, eam non esse latiorem vel majorem
culpa B. contenditur; imo † vero major culpa 247
B. est, qui impedire non debebat horum debitorum exactionem, contractu & lege reclamante, in l.in fiscalibus l.seq.C.de exact.tribut.lib.10. consistitq; hoc casu quæstoris, si qua est, culpa in omittendo, B. vero in prohibendo, & sic faciendo: quam constat, semper esse graviorem illa, quæ est in omittendo, l si servum. 91. ubi Bart. Jas. Castr. Duar. Donell & alii, ff. de verbor. obligat. gloss. Bart. Zas. ad l.quod Nerva ff.deposit. Doctores ad l.contractus.ibi Martin.De La Rio late in princip.ff.de regul. jur. Doctores ad l. 7. ff. de magistrat. conuen. per illum text juncta l.si plures 38.ff.de administrat.tut. Tyndar. d. articul. 5.num.36. versic. idem si unus in levi. Eman. Soarez. in thesaur. commu. opin. verb. culpa. num.336. Joan.Zanger de except.part.3.cap 6 de compensat.num. 27.versic.sic lata culpa cum levi.argum.l.si mora.9 ff.so-
lut.matrimo. Denique quod † dicitur, culpam 248
minorem cum majore, latam cum levi non compensari verum est, ut simpliciter & in solidum non fiat: at quo ad concurrentem quantitatem datam compensari posse, post Tyndar.d.num.35.& seq. docet Joan. Zanger. d cap.6. num. 28. per l.4. C.de
compensat. Denique nec † hoc objici potest, Dn. 249
Burggravium certare de damno vitando, itaque causam ejus esse potiorem, dato, quod paritas adsit doli vel culpæ, ut probat Fulvius Pacian. d. cap. 59. lib.1. de probat. num.17. per l.apud Celsum. §.Marcellus. ff. de doli mali except. & Joan.de Imol. in d. l.cum mulier.num.52.versic item tertio.ff.solut.matrim. & ibidem Bart. num. 3. &c. Imo vero & E. certat de damno vitando, ut id, quod neq; ad se, neq; ad maritum noverit pervenisse, de suo resarcire invita, & satis misere afflicta non cogatur. Quan-
do † vero in pari causa sunt lucri & damni actor 250
& reus, magis favemus reo, quam actori, per l. 2. C.de condict.ob turp.caus.l.cum par.ff.de regul.jur. c.in pari.ubi Dyn. Petr. Peck. & alii eod.in 6. l. favorabiliores. ff.eod. ut ipsemet Fulvius Pacian. explicat d.cap.59. num.20.

Tertio † non incommode objicitur exceptio 251
casus insoliti. Perpetua enim sterilitas, quæ toto illo tempore fuit, quo administratio hæc duravit, merito attribuitur casui fortuito, cum vitio rerum non acciderit, neque culpa alicujus hominis forensi, sed Deo vel tempestates, vel alias calamitates justo suo judicio immit-

immittente: Cui accedit, quod eo tempore ex-
ercitus ibi magnus collectus fuit, & aliquoties
miles traductus magna subditorum jactura. E-
jusmodi autem continuas sterilitates & tumul-
tus bellicos non minus, quam hostiles incursus
inter casus referri fortuitos, & quidem insolitos,
inter Interpp. expeditum est, *per l. fistulas. §. fru-
menta. ff. de contrab. empt. & vendit. l. 2. §. si ex tempo-
re. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. l. si ea res ff.
de act. empt. l. quæ fortuitis. C. de pignor. action. l. contra-
ctus. verb. animalium. ubi Martin. De la Rio cap. 25.
26. 27. 28. 30. ff. de regul. jur. l. in rebus. 18. in princip. ff.
commod. l. inter causas 26. §. non omnia ff. mandat. l. 1.
§ prætor ait. ff. deposit. l. ex conducto. §. si vis ff. locat. cond.
l. excepta 18. C. eod. § cum autem Instit. de empt. & ven-
dit. Aym Cravett. consil. 957. num. 30. & 31. Castr. in d.
l. ex conducto § si vis & in l. 5 ibi etiam Costal & in d l.
in rebus* [illegible] *commod Joan. Petr. Surd. consil 12. num. 15.
Arius Pinell. ad l 2 part 1. cap 3 nu. 25. C. de rescind ven-
dit. Menoch. consil. 27. num. 22. Corneus consil. 128. num.*
252 *29. volum. 2.* Casum † autem fortuitum, quem
culpa obligati non præcessit (ut hic præcedere
nulla potuit, vel quæstoris, vel E.) nemo præstat,
*d. l. contractus. versic. animalium. ibi Martin. de La Rio
c. 21. de regul jur. l. qui insulam. 30. § fin ff. locat. cond. d.
l. qui fortuitis. C. de pignor. actio. c. fin. ibi gl. & Interpp.
extr. de homicid l. opus quod in aversione. ubi Bart. l. item
quæritur. § si navicularius. § si magister. versic. Labeo. l.
ex locato. ff. locat. Joan. Petr. Surd. d. consil 12. num. 13.*
cum nemo ad impossibilia obligetur, *l. verum est.
31. l. impossibilium. 185. ff. de regul. jur.* ideoq; iniquis-
simum sit à quoquam hunc casum exigere, quem
nec prævidere, nec impedire potuit, *Martin. de-*
253 *La Rio in d. l. contractus. c. 25.* Quod † adeo verum
est, ut non solum obtineat, quando casum quis,
(ut hoc nostro casu) in se non recepit, sed tunc
etiam, quando pacto in se omnem casum & pe-
riculum suscepisset: quia non intelligitur casum
supra modum insolitum, vel non cogitatum, &
qui cogitari non debuisset, neque ideo potuisset,
suscepisse, *per d. l. fistulas § frumenta. l. sed & si quis. §.
quæsitum ff si quis caut jud. sist. Corne consil. 23 num 6.
consil. 128 num. 17. vol 2. Anto. de Butr. ad c. 1 extr. com-
mod. Felin ad c sedes. col. 2 versic clausula generalis. extr.
de rescript. Anton Gomes. var. resolut tom 2 cap 3 num.
19. in fin. Eman. Soarez in thesaur. comm. opin. verb. ca-
suum fortuitorum num. 28. Laur. Kirchof. cent. 1. comm.
opinio. conclus. 27. Martin. de La Rio in d l contractus.
cap. 21.* qui omnes hanc esse communem atte-
stantur, *ut & Menoch. consil. 27. num. 18. 19. & seq.* u-
bi textibus & rationibus eam fulcit. Eandem di-
cit communem Joan. Petr Surd. *consil. 61. num. 65.*
multis ad id citatis autoritatibus: tametsi Arius
Pinel, *in d. l. 2 part. 1. cap. 3. num. 30 & 31.* eam varie
impugnet, ut & Martin. de-la Rio *d. cap. c.* Qui-
bus quidem hactenus accedere possumus, si ni-
mis prægnantia & exquisitissima sint verba reci-
pientis: ut nisi de omni etiam penitus & supra
modum insolito casu acciperentur, sine effectu
forent: Secus autem si vulgaribus & simplici-
bus verbis usus esset; quia intelligeretur tantum
casus solitos, non etiam insolitos recepisse, *secun-
dum Martin. de La Rio d. cap 21.* Accedit indul-
gentia & factum B. exactionem rigidiorem im-
pedientis, cui parere quæstor necesse habebat;
& quod fœmina hoc officium administrare non
potuit, neq; etiam debuit: quo vel ipso ab omni
culpa excusantur hi conjuges: qua de re satis in
prima quæstione.
Putat † quidem Calcan. *consil. 24. nu. 14.* in stri- 254
cti juris contractibus promissorem non excusari
à casu fortuito, sed omnino teneri, *per l. continuus.
§ illud. vers. & generaliter. ff. de verb. oblig. & l. incendi-
um. C si cert. pet.* Unde hoc consequens esset, no-
stro casu E. ejusq; maritum de casu fortuito quo-
libet teneri: cum contractus sub lit. B. revera sit
stipulatio, aut certe constitutum; & quatenus E.
pro marito intercessit, fidejussio: quos contra-
ctus constat esse stricti juris. Verum hanc Cal-
can. opinionem non esse generaliter, sed tantum
in rebus iis, quæ in genere consistunt, & quarum
functio est in numero, pondere, & mensura ve-
ram; quando hæ res suo domino pereunt, nec
genere etiam suo perire possunt, tradunt omnes
in l. quod te mihi. ff. de reb. cred. si cert. pet. inprimis ve-
ro ibidem Petr. Costal. & ita etiam Calcan. decla-
rat, ac interpretatur Aym. Cravett. *consil. 957. nu.
33.* ut exemplum ibi est in mutuo, in stipulatione
vini, frumenti, & similium. In tali autem casu nō
versamur, quando solummodo rea id debeat,
quod sua vel mariti fraud[illegible] negligentia damni
datum est, & sic ad id, quod [illegible] *Instit de
verb. oblig.* Cujus † solutio [illegible] pecu- 255
nia, frumento, vel vino esse [illegible], ipsum tamen,
quod interest, non debetur, ut quantitas, sed ut
species, quia vice rei seu corporis, in quo culpa
commissa est, succedit, *l. penult. l. ult ff. de trit. cond. l.
si servum. 91 ff. de verb. oblig. d. §. fin. l. fin ff. de præt. stip.*
Quarto, non incommode se adversus reces-
sum lit. D. & subsecutam admonitionem lit. F.
defendit exceptione novi contractus, cujus gra-
tia non intercessit, seu qui ad se non pertinet. Est
enim † stipulatio & sic fidejussio, *l. 5. § fin l. seq. u-* 256
*troq; loco Bart. Jas. Cast. Duar. ff. de in lit jur. l unic. §. sed
etsi non ignoremus. C. de rei uxor. act §. actionum. § fue-
rat. ibi Dd. Instit. de actio. l. 6. C. si cert pet. Nicol. Mozz.
de contract. tit. de stipul. c. quæ actio oriat ex stipul. nu. 4.*
item constitutū. *§. de constituta. ibi Dd. Inst. de act. d.
§. actionū. cum ibi annot. l si duo. 16 §. 1. ff. de constit. pec.*
stricti juris: ideoq; stricte interpretari oportet,
*l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig. l. si pignori. l. si fidejusso-
res. ff. de fidejuss. l. qui Romæ §. Agearius. ibi Dd. ff. de verb.
oblig.* ne in plus, vel aliud, quam spopondissent,
teneantur, aut exigantur, *d. l. si fidejussores. l. sed & si
quis. 13. ff. de constit. pecun.*
Utrum autē alius ac novus sit contractus, qui
24. Septemb. anni 1594 sub lit. D. inter B. & quæ-
storem placuit, haud immerito in quæstionē vē-
nit? Dubium † facit, quod omnino obligatus e- 257
rat quæstor rationem reddere exactorum, & non
exactorum, *l. apparitores. C. de exact. tribut. lib. 10.* ad
cujus executionem pertinet calculi dispunctio &
pariatio, *l. fin. §. inter cætera ff de libert. leg l. 1. §. officio.
§. de rationibus. ff de tut. & rat. distr. Car. Molin. in con-
suet. Paris. part. 1. §. 9. glos. 6. verb. rende compte. nu. 15. &
16. Alex Raud. de analog. lib. 1. c. 6. nu. 25* Quod † autē 258
negotiū ad executionem alicujus cōtractus per-
tinet, nō potest videri novus contractus, seu no-
va conventio, sed pars & sequela ejus, à qua de-
scendit, & ad cujus implementum spectat, *per l. si
quis servū. 23. ff. de act. empt. Bart. n. 4. vers adverte. Bald.
n. 10. in 9. oppos. & n. 22. Salic. n. 10. Castr. n. 11. Jas. n. 8.
& 15.*

& 15. ad l. final. C. de pact. facit l. si constante. 24. §. si vir. versic. quod si negotium. ff. solut. matrim. Aym. Cravett. consil. 666. num. 5 per l. nam & Servius. §. si vivo. ff. de negot. gest. Bald. in l. meminisse. ff. de offic. proconsul. De-
259 inde † generalis est hujus fœminæ obligatio, & apta, ut huc etiam extendatur, *argum. l. si ita stipulatus. 56. ff. de fidejuss.*

Præterea una eademq; semper fuit unius ejusdemq; officii & administrationis susceptæ origo, ex qua reliqua illa promanant, de quibus recessus ille lit. D. factus est: itaq; omnia illa reliqua ex omnibus administrationis prædictæ annis in unam summam finalem redacta, unum idemq; debitum erunt, ex uno eodemq; contractu principali profluentia, *per l. si Stichum. §. 10. ibi Doctor. ff. de verbor. obligat. l. Pomponius. ff. de negot. gest.*
260 *& ibi Bart. l. si à colono. 59. ff. de fidejuss.* ut † ideo nihil novi convenisse, sed quod convenit discussum, examinatum, & liquidatum, seu declaratum esse appareat, per recessum sub lit. D. præmissum. Novum autem non dicitur, quod est ex declaratione, *Aym. Cravett. consil. 755. num. 2. per l. heredes palam. §. sed si notam. ff. qui testam fac. poss. & ut Jurisconsultus Gajus ait in l. adeo. 7. §. cum quis ex aliena. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* novam speciem, qui excutit, non facit, sed eam, quæ est, detegit; id quod ad simile casus nostri Aym. Cravett. *con-*
261 *sil. 594. num. 5.* accommodat. Sed † & quod continuatur unum & idem, non diversum ac novum negotium est, *l. continuus. ff. de verbor obligat. l. si quis ita legaverit. ff. de condit. & demonstr. Tiber. Decian. respons. 11. num. 18. 19. 20. volum. 1.* Continuatur hæc conventio cum prima, & omnium illorum annorum, quo administravit, duratio & continuatio una est, de qua tantum recessus ille fidem facit. Novũ ergo negotiũ nõ est, nec nova obligatio.

Sed iis † non attentis veritati magis consenta-
262 neum est, ut novus omninoq; diversus censeatur contractus ab eo, pro quo E. intercessit. Continet enim non eadem, sed alia à priore contractu capitula separata, ut ex inspectione instrumenti patet; veluti quod obligatus esse debeat quæstor descriptionem extantium intra mensem conficere & exhibere, cum subditis rationem facere, & inter proxima bacchanalia reliqua solvere. At quando posterius pactũ vel conventio alia continet capita, quam quæ sunt in priore, nova intelligitur esse conventio, ac novus contractus, & proinde nec unus idemq; cum priore, *Bart. in l. penult. ff. de prætor. stipulat. per text. in l jus civile. 6. ibi idem Bart. ff. de justit. & jur. l. Tribunus. §. fin. ff de milit. testam. l. 1. §. si quis simpliciter. ibi notata à Bart. Bald. Zas. Castr. Duar. ff. de verb. oblig. Menoch. consil. 212. nu. 31. Joan. Petr. Surd. consil. 345. passim.* Nova † enim
263 species fit ex qualitatibus, quæ ad formam vel materiam sunt adjectę; vel quoties effectui obligationis aliquid accedit, vel decedit, *Bart. ad l denunciasse. §. quid tamen ff. ad leg. Jul. de adult. & in l. edita. num. 8. C. de edend. respondit Aym. Cravett. consil. 425. num. 106. versic. decimotertio novum quid. & consil. 910. num. 3.* unde idem Cravetta *consil. 361. nu. 1.* ex Bart. *ad l. item quia. §. fin. in fin. ff. de pact. & l. pacta novissima. & l. 2. C. de pact.* respondet, novatas intelligi pactiones per transactionem insecutam ex intervallo, in qua pacta diversa contenta sunt, nec censentur in novante repetita. Cui accedit, quod etiam Menoch. *in d. consil. 212. num. 31 & 53.* respondit, videri propter nova capitula à priore discessum, eamq; extinctam.

Deinde, † si conferatur hæc posterior con- 264
ventio cum obligatione, qua se obstrinxit cum marito & pro marito E. manifestissime deprehenditur, penitus res diversas continere. Nam obligatio, qua principaliter se obligavit, tantum eam adstringit ad solutionem ejus, quod interest, si quid dolo vel culpa mariti, vel sua male sit gestũ. Recessus ille novus non continet id, quod ob negligentiam, fraudem vel culpam quæstoris, aut uxoris ejus castro abest, vel interest; sed quod facta dispunctione & pariatione, reliquũ mansit, ut solvatur: nõ quia culpa ei⁹ vel uxoris hoc damnũ datum sit, quia calculo subducto hoc reliquũ mansit neque etiã cõtinet, ubi & quomodo, omittendo vel cõmittendo hoc damnũ datũ sit; sed quod intra mẽsem apud subditos extantia debeant designari, & cum subditis ratio iniri: & sic novæ personæ intercedunt, nova summa, nova res in hanc stipulationem deducta est. Quibus
modis † etsi possit videri dubium, utrum revera 265
sit novatio facta propter expressum text. *in l. fin. C. de novat. §. præterea. cum ibi annot. Instit. quib. mod. obligat. toll. & quæ tradit Valent. Franc. cap 6 num. 17. de fidejuss. item Camill. Borell. consil. 11. nu. 23. & 24.* tum etiam quod proprie nõ videatur hic illud actum, ut prior obligatio in aliam sit omnino transfusa ac translata, *juxta l. 1. de novat. & l. singularia. ff. de reb. cred. si cert. pet.* & quę facultas Juridica Marpurgensis respondit *in consil. ult.* inter consilia Domini Joh. Borch. quæ Borcholt subscripsisse & approbasse dicitur: negari tamen non potest, novum plane, & à superiore separatum contractum esse initum, ad quem E. promissio sua non adstringit, per ea quæ respondit post multos ibi citatos Wesemb. *consil. 31. 32. & 33. & Bart. itemq; Jas. in d. l. singularia ff. de reb. cred. si cert. pet. Cravett. consil. 167. nu 9. & 12. Dec. consil. 464. nu. 5. ac rursum Bart. ad l. item quia. § fin. in fin. ff. de pact.* ut ideo ope exceptionis hic recte inducatur novatio, hoc est, novi contractus celebratio, per quem prior sit alteratus & mutatus, *secundum Wesemb. d. consil. 31. num. 32. post Bald. in l. novationem. C. de fidejuss. pro quo facit l. pacta novissima. C. de pact. cum similib.* Cujus 266
ergo is † effectus est, ut E. neq; ad id, quod in illo novo contractu (si jure subsisteret) continetur, sit obligata, neq; etiam de eo, quod ob moram castri interesse potest: nec etiam aliter de reliquo, sive resta ex suo contractu conveniri queat vel teneatur, nisi quatenus & in quantũ evidenter probatum fuerit, propter culposam & malam administrationem seu negligentiam in damno castrum esse: non ultra: cum plus non promiserit, nec in aliam causam intercesserit: uti ex deductione primæ quæstionis resultat. 267

Nec obstat, † quod posterior ille recessus vel conventio videatur pertinere ad executionem principalis obligationis: quod quidem dari potest, quoad id, quod oportuit rationem reddi, & id, quod reliquũ mansit, solvi: at quoad novum solvendi terminum, novam cum subditis calculationem ineundam, ac designationẽ extantium, inter mensem exhibendam, non est pars & sequela principalis contractus, sed aliud ab illo diversũ,

versum, *Wesembec.d.consil.31.nu.32.& 33.* neque pertinet ad executionem contractus prioris, ut per se patet. Deinde E. non in universum & absolutè pro principali administrationis contractu intercessit, sed in eum casum, si quid damni circa administrationem datũ fuerit sua vel mariti culpa. Hoc autem damnum hæc rationum redditio non probat, neque eo fine facta est, nec fieri potuit, ut per eam manifestaretur, quantum damni culpa E. vel mariti eius in administratione Castro datum esset: sed reliquum illud, quod in resta (ut ita loquar) mansit, culpa mariti vel E. extare & abesse, adhuc probandum erit per rationes & jura in prima quæstione enarrata.

268 Sic & illud † tollitur, quod satis generalis videatur E. obligatio, ut commodè ad hanc novam conventionem extendi possit. Id enim negatur, cum contineat certam conditionem, & certum modum, ut in prima quæstione diximus.

Pari modo etiam tertium tollitur. Nam etsi largiremur unum idemq; debitum esse (tametsi
269 longè aliud † ex principali, eoq; primo contractu deduci posset, quia in singulos annos singulariter administratio concepta est, quo casu tot sunt stipulationes, quot anni *l.penult.§.1.ubi Dd.& in l.16. §.1.ff.de verb.obl.*) tamen non quadraret ad naturã & qualitatem obligationis eius, qualem E. in se recepit: quæ qualis sit, iam sæpius diximus. At si
270 quid † requiritur esse tale, non sufficit esse, nisi etiam ostendatur esse tale, *per l.non ignorat.ibi Bar. & Bald. C.de his qui accus.non poss.l.Jul.Paulus.81.§.1. l.Lucius Titius.83.ff.de condit.& demonstr.* quia qualitas adiecta restringit & declarat dispositionem. *Joh.Pet.Surd.consil.179.n.41.& consil.274.n.14.* ideoque probari debet, cum super eo fundetur agentis intentio *Joh.Petr.Surd.consil.180.n.7.consil.207. n 8.secundum Joh.And.in c.1.de homicid 6.& consil.148 n.19.per l.1.§.quod aũt ait pretor.ibi Bar.ff.ne quid in flum.publ.*

Continuatio quoque annorum illorum eodẽ modo repellitur; imò continuatio illa hic frustra prætenditur, cum iam dudum ab officio discessum fuerit, quando posterior illa conventio
271 facta est. Denique † cum tantum singulorũ esset annorum, singuli anni singulas easq; novas administrationes genuerunt *per d.l.pen.§.1.ff.de verb.obl. Dec.consil.72.nu.45. Bald.ad l.si à te,in prin.C.de pact. interempt & vendit.*

272 Hinc † tandem non ineptè colligitur, obiici quoq; posse exceptionem prorogationis, *ex Menoch.consil.120.n.30.& seqq.Tib.Decian.resp.11.n.29. vol.1.per l.si cum Hermes.ibi Joh.Sichard. C.loc.cond.l. item quæritur.13.§.qui impleto.ff.loc.l.Labeo.25.§.fin. ff.de recept.arb.l.ubicunq; 60.ff.de fideiuss.l.novatione. 4.C.eod.* Tempus enim illud de singulis annis, limitandæ atq; finiendæ obligationis causa adiectum putatur: & cum hic interesit tertiæ huius personæ E. prorogatum tempus non potest dici idem cum primo, *secundum Felin.in c.de causis.nu 3. extr.de offic.deleg.& Gail.pract.obseru 30 num.11.lib.2.*
273 tametsi † aliud sit, si tempus solutioni, non obligationi adiectum sit, *secundum Hyppol.de Marsil.de fideiuss.nu.89.Dec.consil.400.nu.1.& 2. quos sequitur Gail.d.obs.30.n.11.Mynsing.cent.6.obs.53.& latè Val. Fran.d.cap.6.n.51.* Qui etsi *n.52.& seqq.* latè defendit, rectius statui, prorogatione termini per creditorem facta debitori, fideiussores non liberari: proinde nec E. hoc nostro casu: *per gloss.in d.l.si cũ Hermes.Jas.in l.1.num.18.vers.quid tenendum.C.de judic.Matth.Coler.de process.execut.part.1.cap.10.n.302* cum intelligatur facta cum omnibus suis qualitatibus & accessoriis, *Matth.Coler.d.cap.10.n.305. post Jas.num.8.& seq.& Zas.num.35.ad d.l.lecta.ff.de reb.cred si cert.pet.Ant.Gomez.tom.2.var.resol.cap.13. num.21.* tamen † hoc restringit idem Val. Franc. *d.cap.6.nu.62.* ut prorogatione iam facta, teneantur quidem de præteritis, hoc est, quæ primùm ante prorogationem in obligatione fuerunt, sive sors, sive usuræ, sive, ut hoc nostro casu, quod culpa Quæstoris iam tum damnum datum erat, *per d.l.si cum Hermes ibi Sichard perspicuè l.fin.in fin. C.de usur.rei iud.* Secus autem de futuris, quæ post prorogationem augent obligationem. Ex quo idem Franc. *num.67.* infert. Ex superioribus itaque, inquit, infero, si quis pro officiali fideiussisset ad annum pro reddendis rationibus, finito anno, si prorogatum tempus fuerit, fideiussor ad præcedentis anni rationes, non etiam subsequentis temporis periculum subire tenebitur. Laudat huius sententiæ autores plures, veluti Bart.ad *l.Lucius.§.Paulus.ff.de admin.tut.Panorm.ad c.constitutus.num.10.extr.de fideiussor.Felin.ad c.de caus.num.3.extr.de off.deleg.Anton.Gabriel.d.tit.de fideiuss.concl.3 num.4.lib.3.Tiraquell.& Coler.d.cap. 10.num 310.* Quæ decisio † cum sit in terminis nostri casus, tantò magis attendenda est, ob id, quod in praxi multum est, decisionem in terminis habere. *Felin.ad cap.1.num.6.extr.de præscr.Riminald.consil.543.num.18.volum.5. Thom.Triuis. lib.1.decis.in præfat.num.3. Anton.Gomez.ad §.æquè. Inst.de action.cum similibus.* Plures exceptiones res ipsa, & occasio rei benè tractandæ suppeditabit.

274 (margin, beside "tamen † hoc restringit")

TERTIÆ & ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Circa † hanc ultimàm quæstionem dubium 276
fortasse inde alicui suboriri posset, non solum quod inter *Mynsl.obseru.13.cent.4.resp.15.num. 15.& 19.& Andr.Gail.lib.2.pract.obseru.25.num.10.* nec non cæteros interpretes de eo ingens pugna est, utrum mulier præferatur omnib. mariti creditoribus, non minus expressam, quam tacitam hypothecam habentibus, sed etiam, quod mos patriæ esse videtur, ut uxores privilegiis dotalibus, aliisque similibus non gaudeant, sed in solidum exigantur, etiam non obstante, *tit.C.ne uxor. pro mar.* Nam posse hunc tit.eiusq; dispositionem statuto vel consuetudine propter ius societatis, quod inter coniuges est. *l.1.ff.rer.amot.l.adversus C. de crim.expil.hered.l.1.ff.de dot.praleg.Panormitan.in c. significauit,num.3.extr.de donat.inter vir.& uxor.Joh. Zopez.de lucr.mar.& uxor.cap.5.in prin.& num.3.* mutari & penitus tolli, adeò ut nec uxor gaudeat beneficio dotis & prælationis, de qua *in d.l.assiduis.C.qui pot.in pign.* non est dubitandum, *per l.de quibus.ff.de legib.leg.1.ll.sequent.C.quæ sit long.Consf.* siquidem potens est consuetudo in multis. *gloss. in cap.frustra.8.de pact.distinct.& in cap.mos antiquus.65.distinct.5.c.conquestus.9.quæstion.3.* & excusat illicitum contractum, adeò etiam, ut usuratius pro licito propter consuetudinẽ reputetur

 ut mul-

d.nu 33. sententiæ locus esset, *juxta d. l.* 2. potior tamen causa hic fœminæ foret, communi omniũ iure. *juxta c. qui prior. de reg. iur.* 6. Præterea *per d. authen. si qua mulier. & d. Nov.* 134. *cap.* 8 omnis dubitandi ansa præripitur, quando apertè ibi statuitur, quod mulier obligata esse non debeat, sive privatum sit debitum, sive publicum, quod unà cum marito & pro marito uxor contrahit: idq; ibidem Dd. omnes affirmant, & in specie de fisci obligatione, *ut apud Bartol. Bald. Cyn. Castr. Alex. Corn. & alios ibi videre est.*

Ad decimum respondetur Joh. Pet. Surd. & interpp. ab eo allegatos, non intelligere quam-
173 cunq; † mariti utilitatem, & honorem, vel necessitatem, sed quæ utilitas & necessitas, itemq; honor, infamiæ notã, aut vitæ, corporis libertatisve periculũ, ex opposito habitura sint, nisi ei subveniatur, uti *ex d. l. quãvis & toto Dn. Surd.* consilio liquidum fit. Et in his similibusque necessitatibus meritò uxor succurrit viro, cum honor viri, etiã honor uxoris, & opprobrium mariti, ipsi quoq; probro sit, *per l. fœmina. ff. de senator.* At ejusmodi hic nulla fuit, nec est: Ut ideo à separatis nihil rectè inferatur. Nam ut maritus honorem, vel dignitatem novam acquirat per uxoris intercessionem, & sic pro marito cum effectu *contra d. authent. si qua mulier.* obligetur, nullibi reperitur jure cautum; & sine lege loqui erubescimus.

174 Quod undecimam † dubitandi rationem attinet, eam quidem non negamus: renunciavit enim Senatusconsulto Vellejano, ut quidẽ vigore ejus se ab obligatione eximere non possit: At continuo nondum cessat nullitatis exceptio, vel omne aliud beneficium mulieribus indultum. Et ut hic simul duodecimam dubitandi rationem tollamus, sciendum est, non videri eam propterea à beneficio *auth. si qua mulier. C. ad SC. Vellejan.* exclusam, quia renunciasset Senatusconsulto ipsi, ad cujus extensionem & declarationem *d.*
175 *auth. si qua mulier* spectat. Est † enim d. auth. si qua mulier. *& d. Nov.* 134. *cap.* 8. planè novum, & omninò aliud ab exceptione Vellejani Senatusconsulti, *ut testantur Cyn. & cæteri interpp. omnes ad d. auth. si qua mulier. Joh. Zanger. de except. part.* 3. *c.* 9. *num.* 38. *Joh. Vincent. Honded. d. consil.* 45. *num.* 16. *& per tot. Petr. Costal. ad l. fin. vers. ideoq; mulier. ff. de Senatusconsf. Velles.* Ideoq; non potest sub renunciatione Senatusc. Vellejani videri comprehensum etiã beneficium *d. auth. si qua mulier per l. iubemus. C. ad SC. Velleian. & quæ Alex. Raudens. de analog. aequiv.*
176 *univ. cap.* 21. *n.* 50. Quinimò † huic auth. *si qua mulier.* regulariter renunciari non potest, *Bald. in d. auth. si qua mulier. col.* 2 *vers. quærunt Dd. nunquid huic auth. possit renunciari. Cyn. vers. ultimò solet hic quæri. Item Salyc. nu.* 5. *Alberic. n.* 4 *C. ad SC. Velleian. Angel. Aretin. ad d.* §. *item si n.* 37. *vers. & prædicti. Inst. de excep. Cyn. ad l. pen. C. de pact. Paul. de Castr. cons.* 8 *num.* 1. *ver. secundò d. domina. vol.* 2. *& in d. auth. si qua mulier. n.* 1. *&* 2. *Chassan. in consuet. Burgun. Rubr.* 4. § 13. *n.* 10. *Pet. Costal. in d. l. fin. ff. ad SC. Vell. Anton. Tessaur. decis.* 223. *nu* 3 *Joh. Vincen. Honded. d. cons.* 45 *nu* 18. *Valent. Franc. de fideiuss. cap.* 2. *nu.* 394. *Joh. Petr. Surd. d. consil.* 367. *num.* 29. ne quidem jurejurando, secundum jus civile, *per l. non dubium, C. de legib. d. l. nemo potest. ff. de legat.* 1. *gloss. in l. in re. C. mand. Ant. Tessaur. d. decis.* 223. *nu.* 7. *ver. amplia octavò. Castr. ad d. authen. si qua mulier. num.* 2. *& d. consf.* 8. *num.* 1. *in fin. Bald. & Bart. in d. authen. si qua mulier.* cum lex resistat obligationi, eamque fieri prohibeat, nec ulla sit, quæ possit jurejurando confirmari, *Castr. in d. authen. si qua mulier, num.* 1. *&* 2. Itaq; tantò minus hæc renunciatio, quæ tantum facta est de Senatusconsulto Velleiano, & ordinis ac divisionis beneficiis fideiussoribus concessis, extendi poterit ad hoc novum speciale ac separatum beneficiũ. d. auth. si qua mulier. Sunt † enim renunciationes stricti 177
iuris, neque ultra specificata extendendæ, *l. iubemus. C. ad SC. Velleian. l. tres fratres. l. emptor.* §. *Lucius. ff. de pact. leg. qui cum tutoribus.* §. *fin. ff. de transaction. Dec. consil.* 352 *num.* 7. neque etiam ab una re ad alteram porrigendæ, *Bald. ad l. in summa* § *fin autem. ff. de condict. indeb. & in l.* 1. *C. de transact. Dec. consil.* 460. *num.* 6. *consf.* 493. *numero* 11. *&* 26. *consil.* 595. *num.* 20 *VVesemb. consil.* 11. *num.* 14. *consil.* 15 *num.* 4. 5. 6. *&* 7. *& ut Ludou. Roman. consil.* 168 *per l. si dominus. ff. de servit. urban. præd. & l. suum. C. de iure del ber.* dixit, renunciatio in uno facta, non inducit exclusionem in altero: maximè si mulier sit, quæ renunciavit, *per d. l. iubemus. C. ad Senatusconsf. Velleian.* quam semper certioratam esse de iure suo, & quidem in specie necesse est. *gloss. in d. l. fina.* §. *fin. ff. ad Senatusconsf. Vell. Alex. in addit. ad Bart. in leg. in repudianda. ff. de acquir. hered. & in l. sciendum. nu.* 29. *ff. de verb. obligat. Panorm. in c. penult. num.* 11. *extr. de empt. & vendit. Hyppol. de Marsil. ad rubr. de fideiuss. nu.* 36. *& seqq. Gail. obser. pract.* 77. *lib.* 2. Quoniam regulariter † non valet illa renũciatio eius iuris, 178
quod quis ignorat sibi competere, *l. maior decedens. ff. de inoffic. testamen. l. cum Aquiliana. in fin. ff. de transact. l. in repudianda. ff. de acquirend. hered. l. legitimam. ff. de petit. hered. Gail. d. obseruat.* 77. *num.* 3. *Anton. de Padill. ad leg. fin. num.* 10. *C. de iur. & fact. ignor.* Mulier † autem inprimis ius sibi aliquod 179
competere ignorare creditur, nisi in specie de eo certiorata sit *Anton. Tessaur. d. decis.* 222. *num.* 3. *per gloss. in Novell. de instr. caut.* §. 1. *verbo scient. & Alex. ad d. leg. sciendum. num.* 29 *de verborum obligat. Hyppol. de Marsil. ad d. rubr. de fideiussorib. num.* 36. *& sequentib.*

Clarũ autem est, tempore conventionis hanc non fuisse de hoc beneficio, sed tantum de exceptione Senatusconsulti Velleiani, ordinis, divisionis & epistolæ D. Hadriani certioratam: Quamobrem ad *d. auth. si qua mulier.* hæc renunciatio porrigi non potest. Et in specie, quod renunciatio Velleiano facta ad *d. auth. si qua mulier.* non extendatur, neq; etiam hoc beneficium adimat, egregiè probat Paul. de Castr. ad *d. auth. si qua mulier. nu.* 1. *in fin. & nu.* 2. *in prin.* Licet ergo, inquit, mulier renunciet Senatuscon. Velleiano, quando se obligat pro viro, etiam post biennium nihil nocet sibi renunciatio: quia renunciat ei, quod non habet, scilicet exceptioni Velleiani, quam non habet. Debet ergo renunciare Velleiano, & cuilibet alteri auxilio, quod sibi de iure competeret, & hoc est, auxilium istius auth. quæ etiam tuetur ipso iure.

Deinde † etsi quidem renunciatio iureiurãdo 180
generaliter facta extendatur ad quæcunq; beneficia mulieri competentia, *secundum canonistas in c. cum contingat. extr. de iureiuran. & ad c.* 2. *de pact.* 6.

Idq;

Idq; in specie etiam de hoc nostro beneficio affirmat Castren. *in d. auth. si qua mulier. n. 2.* ubi modum renunciandi tradit, *item gl. in d. l. fin. §. fin. ad SC. Velleian. Anton. Tessaur. d. decis. 223. n. 8. Ant. Gomez. var. resolut. tom. 2. c. 13. nu. 17. Petr. Costal. ad d. l.*
181 *fin ad SC. Velleian.* cum † juramentũ pro certioratione habeatur, ac eam suppleat, *Hyppol. de Marss. in pract. crimin. §. 2. nu. 64. Dd. ad auth. sacramenta puberum. C. si aduers. vendit. Socin. reg. 273. nu. 2. in tract. regul. And. Tiraqu. in praefat. ad d. l. si unquam. nu. 135. 136. C. de reuoc. don. Geil. d. obs. 77. n. 10. lib. 2. Hartm. Hartm. ab Epping. lib. 2. pract. obs. tit. 29. de fideius. obs. 3.* tamen hoc ita est, si generalis illa non sit reducta ad certas species, ut ibidem illi Dd. docent.

182 Verba † enim specialia universalib. adiecta, mutant eorum significatum, *Bar. in l. generali. §. usur. ff. de usur. legat. Joh. Pet. Surd. cons. 321. nu. 15.* eaq; ad qualitatem adiectam revocant, *Bart. in l. cum filiofam. in fin. de leg. 1. & ibid. Socin. n. 262. Jason. ad l. si quis posthumo. §. si filium. nu. 48. 49. & 52. ff. de lib. & posthum. hered. instit. Ruin. cons. 20. n. 2. vol. 1. & cons. 188. nu. 11. vol. 2.* ubi dicit, quod universalis dispositio hominis etiam admittit limitationem, quã disponens adiecit. Quo fundamento Aym. Crav. *consil. 144. nu. 5. in fin.* utitur, quandò ostendit, etsi tota hereditas omnia bona includat, restringi tamen per verbum, SUA, adiectum, ut bona fideicommisso subiecta, non contineat, quia Aretin. *cons. 161. nu. 4.* rectè docuit, quod universales dictiones restringuntur à termino restrictivo sibi adiecto. Et Bart. *in d. leg. generali. §. uxor. ff. de usufr. leg. num. 4.* item nota, inquit, si testator relinquit uxori omnia, quæ habet in domo, nõ veniet frumentum, quod erat ibi causa vendendi: sed contra prædicta opponitur, quando in legato apponitur signum universale, OMNE, tunc legatum non recipit restrictionem. *l. periculis. §. Labeo. ff. de aur. arg. legat. & l. Julianus in prin. ff. de leg. 3. solut.* Fateor, inquit Bar. quod non recipit limitationem, nisi eam, quam testator facit. Quod si ita est in legato, utiq; etiam in contractibus & stipulatio-
183 nibus; cum æquum † & in contractibus sit, ut verba secundum proferentis intentionem apparentem accipiantur, *l. si quis intentione. ff. de judic.* & quæcunque oratio etiam universalis, non porrigatur ultra specificata, *l. coheredi. §. qui patrem. ff. de vulg. & pup. subst. Bald. ad l. si non cõmuni. C. de iniur. l. si pater. §. qui duos. ff de adopt. ubi Bart. l. debitor. §. fin. ff. ad SC. Trebell. Zas. consil. 12. n. 43. & sequ. volum. 1.* Atqui hoc nostro casu, neque iuramentum intervenit, neque dispositio in generalitate sua permansit, sed statim per verba adiecta, Als nemblich die wolthat Rechtens / so Weiblichem Geschlecht / in Bürgschafften zu statten kommen mag / Senatusconsulti Vellejani / genandt / dessen ich E. insonderheit außtrucklich zuvor ver-
184 stendigt / rc. Hæc † enim verba, ita tamen, videlicet, scilicet, hoc est, Als nemblich / etc. vim restrictivam & declarativam habere nemo ignorat, *argumen. l. Lucius. §. qui habitabat. ff. ad Senatusconsf. Trebellian. l. Gallus. §. item credendum. in fin. ff. de lib. & posthum. her. instit. Ruin. consil. 18. num. 11. volum. 2. Johan. Petr. Surd. consilio 335. num. 28. 29.* Et verba illa, Senatusconsulti Vellejani genandt / multò magis hanc generalitatem ad solum Senatusconsultum restringunt, & evidenter arguunt, omissum hic esse beneficium novum ex constitutione Dn. Justiniani *in d. authen. si qua mulier.* ut nec de eo potuit esse certiorata, quando apertè instrumentum probat, eam saltem esse admonitam & certioratam de Senatusconsulto Vellejano; ut ita inclusio unius, sit omissio alterius, per vulgata jura, nec potuerit illi renunciare, quod ignoravit per supra allegata. Ubi † inter cætera 185
& illa circumstantia diligenter consideranda est, quod huic contractui & certiorationi, duo præstantissimi Jurisconsulti ex parte huius fœminæ sunt adhibiti, quorum alter fidejussoris, alter testis partem sustinent: Sed & Castrum Syndicum suum, & hunc Jurisconsultum præcipuum adhibuit. Quando autem quæstio juris, & de renunciationibus beneficiorum juris distinctorũ occurrit, & Jurisconsulti adhibiti sunt, verba quàm proprissimè & in specifica significatione sunt accipienda, quia Jurisconsulti propriè secundum artis suæ terminos ac usum locuti esse creduntur, *Bald. in l. si quis filiabus. ff. de testam. tut. & ad c. 1. de success. feud. Tib. Decian. respon. 2. num. 42. volum. 2.* Nam & aliàs verba sunt per prius potius, quàm per posterius intelligenda, *Castr. ad d. l. tres fratres. ff. de pact. Tib. Decian. resp. 43. nu. 11. vol. 2.* maximè in iis, quæ stricti juris sunt, *Alex. Raudens. de analog. univ. equivoc. libr. primo, cap. 10. num. 1. & seqq.*

Corruunt ergo † multiplici modo illa, quæ de 186
verbis generalibus & universalibus obiiciuntur, quia generaliter & universaliter operari debent: quod verum est, nisi ab ipsis contrahentibus & disponentibus restrictionem accipiant, quæ tanquam lex contractus est in continenti adiecta. *l. 7. §. quinimo. ff. de pact. ibi Dd. l. lecta. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. in conventionalibus. 52. ff. de verbor. obligat.* ut hic factum esse apparet. Deinde hoc ita est, si sub illam generalitatem, ut species cadat hoc, de quo quæritur. Sed hoc beneficium, de quo agimus sub Senatusc. Vellejanum non cadit, neque eiusmodi est, cui potuit nudo pacto renunciari, sed juramento opus fuit, quod non intercessit, & demq; expressum fecit. cessare omissum seu tacitum, *l. cum ex filio. §. 1. ff. de vulg. & pup. substit.*

Sic etsi quidem † causa finalis huius conven- 187
tionis fuit, ut rectè cautum esset A. hoc tamen non probat, quod propterea etiam hic contractus jure firmus esse debeat, imò hæc ipsa causa finalis efficit, & omninò ad hoc impellit, ut fatendum sit, *d. authen. si qua mulier.* hic locum reperire, quia contra legem, & legis prohibitionem contractum sit, ut ex supra deductis palam est.

Neque verò vel B. A. vel E. & maritus eius 188
efficere potuerunt, ut leges in hac sua dispositione locum non sortirentur, contra *gloss. in l. in re. C. mand. per d. leg. non dubium. C. de legibus. & d. leg. nemo potest. ff. de leg. 1. ubi Bologn. Jason. Crot. & alii.*

Quod denique † verba sint futura sine effectu 189
operandi, si ad hoc auth. extendi hæc renunciatio non debeat, nihil eius mutat, sed monebit eos potius, quorum interest, ut deinceps discant cautius mercari: quia sibi imputabunt, quod eam nec de hoc beneficio admonuerunt, neque certioraverunt, ac in specie renunciare fecerunt:

Et satius est, verba otiosè posita esse, quam ut à juris tramite discedamus. Neque enim superflua
190 hæc sunt † verba, & inania, aut sine virtute operandi, si per se spectentur, ut & quoad reliqua beneficia, veluti ordinis, divisionis, itemq; Epistolæ D. Hadriani, quibus illa quoque, si cum effectu, *non obstante d. auth. si qua mulier.* obligari pro marito potuisset, uti potuisset, quia in subsidiū, *juxta Anton. de Gamma d. decis 366 nu. 7.* ut & in primipilari causa, *d. l. satis, C. in quib. caus. pign. tac. contr.* & tantum ut quilibet alius fidejussor obligata pro marito esset, & sicut quilibet alius potuisset beneficiis fidejussoriis uti. Satis autem est, vel in unico aut altero casu verba operationem suā potuisse habere, ut superflua, & sine virtute operandi, non censeantur posita, licet exitu suo careant, secundum ea, quæ Tib. Decian. respondit, *in resp. 45. nu. 18. vol. 2.*

191 Circa † decimū tertium expeditum est, Quæstorem non exegisse, neque exigere potuisse illa reliqua, quæ in recessu isto continentur, ut supra deductum est, idque etiam ex eo probatur, quod locupletior non sit factus, sed longè deterioris conditionis ac fuit, ante susceptam quæsturam: ut ideo omnis facti præsumptio, ipsumque factū hic præsuppositum deficiat: ut cum jus in facto positum sit, & ex eo nascatur, *l. si ex plagis 52. §. in Clivo. ff. ad l. Aquil. l. actionum. §. ex facto. ff. de action. & oblig.* deficiente qualitate facti præsupposita, deficiat quoque istius decisio, necesse sit. Et cum neque potuerit, neque debuerit etiam ipsi prohibente, & urgente bellico tumultu, ac annorum sterilitate, atque insigni calamitate à colonis cæterisque subditis ea quæ extant, exigere, prout supra deductum est, nulla ipsi culpa, *secundum Tib. Decian. resp. 47. num. 44. & 45. vol. 4.* sed, si qua est, A. imputabitur; habebitque hoc casu locum, quod dici solet: Qui causam damni dat, ipsum damnum dedisse censetur, *l. qui occidit §. in hac. ff. ad l. Aquil.*
192 Quod si ergo † hoc, ut decet, ab E probari poterit, quod contra conventionis placita, ipsumque jus, quod est de publicis exactoribus tributorum, & quæstoribus constitutum, *in l. in fiscalibus. 6. & l. seq. C. de exact. tribut. lib. 10.* A. ad instantiam & preces subditorum dilationes concessit, & exigere prohibuit, exactionemq; in annum meliorem aliquem reservari voluit, nō poterit B. A. cum Quæstore eiusque heredibus, nedum cum eius vidua, actio esse: Quæ cum supra sint satis confirmata, ea non repeto. Corruit hinc quoque, quod dici potest, officiales negligentes exigere debitores, teneri de proprio suo reficere ac resarcire: quia, ut dictum est, nulla culpa in Quæstore residet, qui necesse habuit superiori suo parere, & sic prævidere non potuit, quod voluit, imo dici potest; postrema † creditoris mora
193 nocebit, non Quæstori, eiusque viduæ, sed suo autori D. B. A. *l. semel. ff. solut. matrimon. l. illud 17. ff. de peric. & comm. rei vend. ibi Petr. Costal. Bart. ad l. si per emptorem. §. ult. ff. de act. empt.* Et quod propterea maturius non discessit ab hoc officio, eo magis reus non est, cum nulla culpa in hoc sit, sed in illo, quod impeditus est officio suo fungi. Quæ culpæ causa, cum in ipso non residеat, sed in superiore suo: valdè iniqui essemus, si in ipsum pœnam, quam alius meruisset, transferre velimus, *contra l. sancimus. C. de pœn.* Deinde spes melioris fortunæ illum procul dubio detinuit, ut aliquando solidum exigeret, qua spe sæpè lactatus esse dicitur. Porrò † si qua hic culpa esset, ea æ- 194
què in Dn. B. A. observaretur, qui cū non ignoraret omnia, quæ tanquam recepta erant, registris erant inserta, non esse singulis trimestribus, vel singulis annis exacta, & tamen in eo Quæstori acquiescebat, nec etiam singulis annis finitis sibi iuxta tenorem principalis conventionis sub lit. A. satisfieri, vnd die Außlifferung geschehen/ curabat. Sic itaque culpa, si qua esset, cum culpa veniret compensanda. *iuxta l. viro atque. ff. solut. matrimon.* Quinimo hinc vehemens præsumptio suboriretur, Quæstorem rectè functum esse suo officio, eamque præstitisse diligentiam, quam potuerit & debuerit, *argumen. clem. unic. §. porro. de heret. c. faciat homo. 22. quæst. 2.* Deinde
qui † scit damnum dari, nec prohibet, cum possit, ipse fecisse censetur, eiusque scientia pro facto habetur, ac pro ratihabitione, *l. 1. §. 1. l. 5. ff. si fam. furt. fec. dic & l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. vers. rectius itaque. ff. de nox. act. leg. non solum. in prin. & §. 1. ibi Bart. ff. de iniur. l. 2. §. dolo autem malo. l. 4. §. hoc autem edicto. §. sequ. ff. vi bon. rapt. Litem Mela. §. si alius tenuit. ff. ad l. Aquil.* Ut ideò hoc etiam retorqueri in D. B. A. possit, quod dicitur, culpæ reum esse, qui impedimentum non amovet, cum possit. *l. qui potest facere. ff. de reg. iur. cum simili.* 195

Siquidem si hoc, quod in facto præsupponitur, legitimè probari poterit, manifestum esset futurum, B. impedimentum exigendi tributa & reditus, cum potuisset, non tantum non sustulisse, sed etiam auxisse, & sic in manifesta culpa deprehenderetur, ut quod damnum sua culpa sentiret, sibi non alii imputaret. *Hyppol. de Marsil. singul. 350. num. 1.* Tantò minus igitur ex eo aliqua culpa in uxorem defuncti Quæstoris redundabit: ut quæ hoc facere non tenebatur, & quamvis conata fuisset, frustrà laborasset, *argumen. d. l. 2. ff. de reg. iur.* cum neque uxores oporteat in maritos imperium sibi sumere, sed illud maritorum sit, *arg. l. 2. ff. de iniur. Bald. in l. 1. C. de bon. qua lib. & in l. si uxor. C. de cond. insert.*

Decimi quarti infirmitas ex superioribus liquet, satisque omnis præsumptio sinistra, si qua esset, per supra deducta, & probationem sæpius dictæ inhibitionis & impedimenti eliderеtur. Deinde † Hieron. Schurff. *d. cons. 65. num. 7. vers. & in quolibet. cum Bart. in d. l. 1. §. officio. de tut. & ration. distrah.* non absolutè hoc statuit, sed ex hypothesi, nempe, si administrator ille librum rationum non confecit, aut repertorium non conscripsit, aut simile quid fecit, vel omisit, quod sui erat officii: ut ita ex facto suspecto præsumptio oriatur. Aliàs regulariter officiales præsumuntur debitam in his, quæ officii sui sunt, diligentiam adhibuisse, præsertim iurati, *ut supr. ex Tib. Decian. respon. 2. num. 213. volum. 1. Francisc. Bursat. consil. 331. num. 9. & consil. 387. num. 3. cum similib. allegatu probatum est.* 196

Decimum quintum † satis quoque enervatur per superiora; maximè cum hæc potissimum causa sit, cur *d. authent. si qua mulier.* locum habeat, quia mutua vice fidejusserunt: quod jus illud fieri noluit. Cum itaque jura illa in majore propo- 197

propositione allegata procedant, ut omnia alia, cæteris paribus, hoc est, præsuppofita facti habilitate, utique ea hic propter defectum huius habilitatis, obtinere non possunt.

198 Sic & postremum † locum inveniret, si culpa Quæstoris huius aperta esset, aut si esset, non haberet, quo plenè excusaretur, & elideretur. At non posse illi ullam culpam huius reliqui debiti intuitu imputari, aut si qua sit, eam tamen legitimè purgatam & amotam esse, seu amoveri posse, ex superioribus planum est: Ut sic quoque diversitas qualitatis facti operetur diversam juris dispositionem. Jacob. Menoch. *consil.* 50. *nu.* 2. *Joseph. Ludov. decis. Lucens.* 44. *num.* 61. *& 62.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

199 Ex his † iam quoque liquet, quæ̨nã exceptiones, nempe non competentis actionis, & in factum non existentis conditionis, itemque nullitatis statim ab exordio controversiæ motæ, & ante litem contestatam ex d. auth. si qua mulier. & tenore obligationis obiici posse. Sunt enim hæ actiones peremptoriæ, & quidem litis ingressum impedientes, ut ex Bald. & aliis, *in dict. authent. si qua mulier. & Felin. in c. super his, num.* 18. *extr. de accusat.* aliis supra allegatis autoribus, manifestum est. Idque inprimis hoc nostro casu, quando incontinenti exceptio nullitatis, & non competentis actionis, ex d. authen. si qua mulier. competens probatur, & ex ipsa re notoria est. Tunc enim negotium eiusmodi peremptorias exceptiones penitus perimere, & agentem à limine iudicii præcludere, egregiè tradit Bart. ad *leg. ult. num.* 3. *ff. pro suo. Bart. & Jason. num.* 16. *& 17 ad l. nam posteaquam. ff. de jurejur. gloss. & Costal. ad l.* 3. *§. ibidem. ff. ad exhib. Philipp. Franc. num.* 8. *in c.* 1. *de litis contestat. in* 6. *Bald in l. fin. C. de edict. D. Hadr.*

200 *toll.* Quod si judex † has exceptiones reiecerit, & non attentis iis litis contestationem injunxerit, putandum est, eum existimasse, quod altiorem indaginem requirant, & sic litem contestari jussisse. *juxta Bart. Bald. Castr. Petr. Costal. in dicta lege* 3. *§ ibidem. ff. ad exhib. per illum text. & l. ille à quo* 13. *§. quid ergo. ff. ad Senatusconsult. Trebellian.* Joh. Zanger. *de except. part.* 3. *cap.* 23. *num.* 11. Ideoque nihilominus post litem contestatam, seu in hoc exordio litis contestandæ ac repetendæ sunt, in vim exceptionum peremptoralium actionem elidentium, ac defensionis robur habentium, juxta doctrinam prædictorum interpretum fundatam, *in d. leg.* 3. *§. ibid. cum similibus.* Et cum satis de his, in præcedente conclusione dictum sit, plura non addo.

Preter has etiam plures aliæ exceptiones huic viduæ competere possunt: de quibus succinctè etiam agemus.

201 Primò † itaque occurrit exceptio excussionis. Nam quatenus cum marito Castri Quæstori se in hac causa obligavit, mera est fidejussio, sive intercessio, ut supra vidimus. Fidejussoribus autem excussionis beneficium ut prius non conveniantur, quam si debitor principalis, seu heres eius excussus sit, datum esse, patet *ex authent. præsente. C. de fidejussor. authent. hoc si debitor. C. de pignor. Andr. Gail. pract. observat.* 27. *num.* 1. *& sequentib. lib.* 2. Quæritur ergò, sitne huic exceptioni hoc casu locus?

Id quidem negandum videtur. Disertè enim huic † beneficio, ut & divisionis, non simpliciter, sed benè certiorata renunciavit, *juxta ea, quæ* 202 *tradunt gloss. in d. authent. præsente. & Nov.* 4. *cap.* 1. *verb. accedat. Hyppol. de Marsil. de fidejuss. num.* 7. *Anton. Gomez.* 2. *variar. resolut. num.* 14. *vers.* 1. *Modestin. Pistor. consil.* 35. *num.* 26 *lib.* 1. *Alexand. consil.* 29. *num.* 34. *libr.* 7. *Jacob. Thoming. in decis. quæstion. illust. quæst.* 1. *Andr. Gail d. observat.* 27. *num.* 21. *lib.* 2. *Wesembec. consil.* 14. *num.* 12. *&* 13. Nec enim † renuncianti juri suo datur regressus ad illud quod repudiavit, *l. nec is qui.* 17. *§.* 1. *ff. de acquiren. hereditat. l. quæritur. §. si venditor, ff. de ædil edict. l. non videtur. ff. ne quid in fraud patr. l. postquam liti. C. de pact. l. fin. C. de remiss. pign. c. ex transmissa ext. de renunciat. Tib Decian. resp.* 91. *nu.* 41. *vol.* 5. *vers non potest nunc revocare. Joh. Pet. Surd. cons.* 133. *nu.* 1. 203

Secundò † electio reservata est D. B. A, ut in 204 eius sit arbitrio, à quo initium facere velit, & sic in solidum E. obligata est, absque ullius ordinis consideratione. *argumen. l. si quis stipulatus,* 112. *ff. de verbor obligat.* Nisi enim hanc vim illa electio haberet, ut à solidi præstatione quisque eorum, quem ex confidejussoribus elegerit, se non possit liberare, sed statim teneretur solvere, nullius utilitatis hæc pactio foret, quod jura non permittunt, quæ singula verba aliquid operari, & cum virtute operandi singulari stare volunt, *gloss. in l.* 1. *ff. de pericul. & comm. rei vend. & in leg.* 1. *C. de pact. pign. Bald ad rubr. C. de contrahen. empt. & vendit. quæst.* 9. *Hyppolit. de Marsil. de fideiussor. num.* 63. *&* 64.

Quinimò vim constituti principalis debitoris hæc verba habent, & disertè se ut principalem constituit: Qui verò intercedentes se constituunt principales, Als selbst schuldige / ordinis beneficio non debent gaudere, *Johan. Zanger. de except. part.* 2. *cap.* 15. *de except. excuss. num.* 9. *vers aut nisi se ut principales. per Lantique.* 23. *§* 1 *cum ibi notat. à Bald. C. ad Senatusconsult. Vellejan. & gloss in d. Nov.* 4. *de fideiuss. cap.* 1. *verb. fideiussorem. Marcus Ant Natta in addition. ad Alex. consil* 29. *num.* 36. *lib.* 7. *in verb. simul. Andr. Fachin. lib.* 8. *contr. jur. cap.* 54. cum hoc beneficium non sit principalibus reis, sed pro iis fidejubentibus datum, *d. authent. præsente. C. de fidejuss.* & contractus legem ex conventione hac acceperit, *juxta l. semper in stipulationibus. ff. de reg. iur. l lecta. ff. de reb. cred. si cert. petat. l.* 1. *§. si convenit. ff. depos.*

Tertiò † cessat quoque prædictum beneficiũ, 205 si notoriè constet, reum principalem (ut hoc casu Quæstoris filia unica est) non esse solvendo, quoniam in notoriis excussionis necessitas non requiritur, ob id, quod inanis ea sit, quam debitoris inopia excludit, teste Andr. Gail. *d. observat. pract.* 27. *num.* 14. ubi plures in hanc sententiam autoritates allegat, quibus accedit Corneus *cons.* 151. *num.* 5. *volum.* 4. *consil.* 46. *num.* 13. *volum.* 2. *Wesembec. d. cons.* 14. *num.* 19. *Barthol. Socin. reg.* 134. *in* 5. *limit. Anton. Gomez. tom* 2. *cap.* 13 *num.* 14. *Matth. Coler. part.* 1. *cap.* 10. *num* 340. *Valen. Franc. de fideiuss. cap.* 5. *num.* 315. 316. 317. ubi etiam † quomodo 206 notorium probetur, & quid illud sit, declaratur, inprimis à Gail. *d. observat.* 27. *num.* 15. *Natta con-*

fil.275.num.1.Joseph.Mascard. vol. 2. de probat. concl. 1108.Valen.Fran.de fideiuss.d.cap.5.num.308.& seqq. nempe fama vicinorum, quib. debitoris inopia, (ut & hoc casu) nota est, vel si exploratio apud familiam & alios, aut circa res, quas possidet, instituatur, imò sufficit saltem ex præsumptionib. & coniecturis constare, principalem solvendo non esse, *Grat.cons.62.col.fin.vol.2.Wesemb.cons.10 num.37.*

207 Quartò, † quando bona Rei principalis apud fidejussorem sunt, exceptionem excussionis non admitti, *tradidit Barb. ad c. pervenit. extr. de fideiuss. & Capella in decis.Tolos.196. per l.si procuratorem.§.si ignorantes.ff.mandat.* Sed sic est, E. mariti bona defuncti omnia apud se habere dicitur. Frustrà igitur hac exceptione utitur.

208 Quintò, in † facti promissionibus fideiussor excussionis beneficio non iuvatur, *Modest. Pistor. consil.1.num.50.tom.2.* Hic autem in facti promissionibus versamur, exigere tributa, datia & reditus administrare, & diligentiam adhibere: pro his enim factis interventio contracta est.

209 Sextò, si † causa, de qua quæritur, ex æquo & bono decidenda sit, huic exceptioni non est locus, quia censetur de apicibus & rigore juris esse, *gl.in l.si mancipium.§.1.ff de evict.Petr.Costal.ad l.si fideiussor.29.§. quadam.ff.manda. Aym.Crav. cons. 263.nu.1.* ut ita in his, quæ ex æquo & bono sunt determinanda non attendatur, *per d. l.si fideiussor. §.quadam, ibi gl.& l.si non cognitio. C.si contra jus vel util.publ. ubi Ant.de Padilla And.Gail.d.obs.27.nu.26 Hart.Pist.lib.quæst.iur. 6.nu. 30. Valent. Franc. de fideiuss.d.cap 5.n.393.& seqq.* qui ibidem *n. 396.ut & Gail d.obs.27.nu.27.* ex eo colligunt, in foro mercatorum hanc exceptionem ideo locũ non habere, quia causa eorum ex æquo & bono in foro

210 mercuriali decidendæ sunt. Hic † autem contractus eiusmodi est, ut ex æquo & bono procedat ac decidi debeat, cum habeat clausulam, dolum malum abesse, abfuturumque, alles trew / sonder Argelist / cuius clausulæ ea vis esse putatur, ut ex contractu stricti iuris conficiat contractum bonæ fidei, ac qui ex æquo & bono dijudicari debet, *Wesemb.ad §.actionum. n. 1. Instit.de action.ex Bald. consil.343 lib. 1. per l.hoc iure.152. §.final. ff. de regulis iur.*

Hoc enim contrahentes ea actione cavent, quod bona fide velint omnia fieri, non tergiversari, neque scrupulosa effugia quærere, *l.doli clausula.l.ex ea parte.ff. de verb. oblig.* Ergò nec hic E. ea utetur exceptione.

211 Septimò, † maritus & fœmina in hac conventione sunt duo rei principales, ut in exordio eius & passim videre est. Sed inter duos reos cessat excussionis beneficium, etiamsi ei specialiter renunciatum non sit, *secundum Duenn. reg.335.limit. 19.per auth. hoc ita.C.de duob.reis, & gloss. in d. auth. præsente.Valen.Fran.d. cap. 5. nu. 422.*

212 Octavò, † non hæres S. sed ipsemet, qui iam defunctus est, in mora constitutus fuit, quando exigenda non exegit, solvenda non solvit, nec id fecit, quod facere promiserat. At quando debitor principalis iam in mora constitutus è vita discessit, fideiussor hanc exceptionem frustra expetit contra heredem debitoris. *ut ex gloss. in l. si plures. & Bald. nu. 24 Duenn. dict. reg. 335. limit.12. & alii quibusdam probat Valentin. Franc. d. capite 5. num. 424.*

Nonò, † fideiussor succedens debitori principali, frustrà quoque hoc auxilium implorat, *per l. fideiussoris 24.C.de fideiussor. leg. debitori. C.de pact. l. si reus. 13. ff. de duobus reis, l. si duo. 39. in princip. & fin. ff. de solut. Hyppol. de Marsil. de fideiuss. ad rubr. nu.20.* 213

Sed hæc vidua marito suo iure consuetudinis F, successisse creditur, & quidem ita, ut omne æs alienum mariti solvere teneatur. Quare hoc etiam beneficium frustrà implorare dicenda est.

Sed his non attentis, magis est, ut dicamus, imò exceptione excussionis, sive ordinis E. uti, & statim ab initio opponere nõ minus posse, quàm etiam post litem contestatam eandem repetere, si, ut dictum est, iudex altiorem habere indaginem arbitratus fuerit, *per d. l. 3. §. ibidem, cum ibi annotat.* præsertim † cum plurimi sint, qui existimant hanc exceptionem non minus post litem contestatam, quàm ante eam quoque usque ad conclusionem opponi posse, *gloss. final. in fine, ad leg. 3. ff. de exception. Bald. numer.3 Salycet. num. 16. Castr. num. 3. ad l. 2. C. eod. Cravett. consil. 263. numer.5. Emanuel. Soarez. in thesauro commun. conclus. verb. fideiussor ordinis. num. 137. Guido Papa decision. 431. num. 10.* imò etiam post latam sententiam, *secundum Jason. in §.item si quis in fraudem. num. 81. Institut. de action. Corne. consilio 85. colum. 1. volum. 4. Anton. Gabriel. libr. 3. commun. conclus. 1. num. 10.* eamque sententiam benigniorem, & æquitati magis amicam iudicat Andr. Gail. *practic. observation. 27. num. 3. lib secundo. & Zanger. de exception. part. 2. capit. 5. numer. 3. versicul. fateor tamen, numer. 4. & sequen. Andr.Facbin. libr. 8. controvers. iur. capite 56.* 214

Uti autem posse hac exceptione, ex eo constat, quod hæc fœmina ex sua persona principaliter obligata esse non potest de administratione ipsamet, sed tantum de damno, quod suo vel mariti dolo vel culpa datum castro fuerit, ut supra, tum ex tenore obligationis, & natura ac conditione principalis negotii, tum etiam *ex d. l. 1. ff. de reg. iur.* cum similibus probatum est. Inde enim manifestum † redditur, quatenus pro marito intercessit, non immediatè & simpliciter fideiussisse, sed promittendo indemnitatem, *argum. l. 2. verb. in id, quod tutor vel curator debiturus sit. C. de fideiuss. tutor. Bart. in l. 1. versic. nam hic fideiussit. C. de conveniend. fisci debitor. lib. 10. sub conditione, si quid damni castro illatum esse appareat. l. Lucius Titius. 21. §. 1. verb. propter damnum Reipubl. satisfacere debere. ff. ad municipal. l. 2. verb. damnum, quod ex cessatione accid sset. leg. quicquid. 7. C. arbitr. tutel.* Nam † eiusmodi expromissorem conditionalem, propriè & simpliciter non esse fideiussorem, sed indemnitatis promissorem, egregiè probant Castrens. *num. 2. & 3. Jason. num. 1. Zas. num. 3. versic. collige ex textu. ad l. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet. per d. l. 1. C. de conven. fisc. debit. lib. 10 & text. in d. l. fin. & l. 1 in prin. & § si magistratus. ff. de magistr. conveniend. & in leg. 2. §. sed si filius. versic. pater verò ita. leg. libertus. 17. §. final. ff. ad municip.* in subsidium scilicet obligatum. *Zas. d. num. 3. Jason. d. num. 1. & alii. in d. l. fin. Bald. ad leg. penult. num. 24. C. de condit. insert.* Quique pro † fisci vel Reipublicæ debitoribus intercedunt, solent ut plurimum esse indemnitatis fidejus- 215 216 217

dejussores, seu subordinati promissores, *ut colligitur ex d.l.1. & ibi Bart. C.de conven.fisc.debit.lib. 10. Zas.in l periculum.35. nu.4.6. & 7. & d.l.fin.ff.de reb. cred.si cert.pet.facit l.1.in fin.C.de decur.lib.10. ibi gloss. & Doctor. l.curatores.3. §.fin.ibi Alex.ff.de administ.ad civitat pertin.* ac tales in dubio videntur censendi, *per d. l.curatores.3 §.fin.in fin. in verb. videlicet postquā res ab eo servari non potuerit, pro quo intercessit.d.l.1.C. de decur.lib 10. nu.1.* plurimi existimabant, speciale esse in fidejussore quolibet officialium, etiam simpliciter accepto, ut conveniri non possit, nisi principali excusso, etiamsi de bonis principalis

218 aliqua bona emerit. Quod † sæpe ex eo probabile videtur, quod olim *ante Novell 4. de fidejussor. & auth.præsente.C.de fidejuss.* liberum fuit recte à fidejussoribus simpliciter acceptis initium facere, principali nondum discusso, *l 3.l.5 l.si alienam.19. l.si ut eligendi.21. l.reos. 23. C.de fidejussor.* Attamen

219 in † *d.l.1 C.de decur.lib 10 d.l.1.& l.2.C.de conven fisc. debitor.lib.10.d.l.3.§.fin.de administ.rer.ad civit.pertin. d.l.2. §.sed si filius.d.l.libertus.17. § fin ff.ad municipal. l.sidejussores.68. de fidejuss. cum simil.ib.* respondetur, fidejussores magistratuum, administratorum civitatum & officiariorum, ac debitorum fisci non conveniri posse ante reos principales, sed iis demum excussis, & quando constat, quid & quantum fiscus vel Respub. ex bonis eorum consequi non possit. Idq; etiam Roderic.Soarez. *in lect. ad leges fori lib.2 tit. de compendina, §.quaritur.nu.9. & seqq.* ubi ex prædictis, inquit, in foro unum satis notandum, quod si aliquis fidejubet pro aliquo officiali publico autoritate & utilitate, iste fidejussor non potest conveniri, nisi excussione præcedente, dato, quod renunciasset beneficio de fi-

220 dejussoribus. Et † certe tanto magis hoc nostro casu credendum est E. pro marito non simpliciter, sed in subsidium & subordinate fidejussisse, ne videatur se una cum marito principalem constituisse ejus rei, cujus non poterat in ipsa existere primordialis & principalis obligatio, sed tantum subordinata, seu subsidiaria, ut *per d.l.2.de regul.jur.* cum similibus in resolutione primæ quæstionis dictum fuit. Ejusmodi autem subsidiarium administratorem vel debitorem revera indemnitatis esse, patet ex iis, quæ Zasius notat *ad d.l periculum 35. nu 4.& 6.& d.l.fin.nu.3. 8 9. & 10. ff.de reb.cred.si cert.pet. Pro quo etiam facit l 3.versic.ut prius ex bonis exactoru. C.de conven.fisc.debit.lib.10. & quod gloss. in d.l.periculum. & in l.1. § nunc tractemus. ff.de tutel.& ration.distrah. & in l.1. C.de transact. nec non ibidem Bart. Bald.Jas. Cyn Castr. & reliqui Doctores omnes tradunt,* distinguentes inter plures officiales vel tutores, quorum quidam administraverunt, quidam non; nam primum illi, qui administraverunt conveniendi & executiendi sunt; post eorum fidejussores, & tandem ad eos, qui non gesserunt, seu administraverunt; *de quibus etiam Zas.in d.l.periculum.num.6.7.post Jason.* Sic & hic maritus administravit, & quidem solus, quia debuit, cum ex lege contractus sub litera A. tum secundum jura *propter d. l.2. ff. de regul.jur.*

221 Certum † autem est, subsidiariū & indemnitatis fidejussorem, etiamsi beneficio ordinis sive excussionis renunciasset, non tamen posse ante reum principalem conveniri: idque non solum Roder. Soarez. *d. loc.* sed & Bart. Bald. Jas. *in princ. in versic.& propterea infert Angel. num.3. Alciat. Zas.num.5. Castr.num.3. ad d.l.fin. ff.de reb.credit.si cert.petat. Bart.in d.l.1. C.de conven.fisc.debitor. lib.10. & Petr. Costal.in d.l.fin.versic.* plus etiam dicitur, inquit, hunc fidejussorem non posse renunciare privilegio discussionis: ante enim non debet, *per d. l. 1. & ibi Bart. Accedit Alexand. consil. 29.num.34. volum.2. Hyppol.de Marsil.ad rubr. de fidejussor. num.314. Corneus consil.109. num.7. volum.5. Felin. in c.ex rescripto. extr. de jurejur. Andr.Gayl.observat.27.num.13.lib.2.pract.observat. Emanuel.Soarez. in thesaur.commun.opinion. verb.fidejussor. num.138. Valent. Francisc. in tract. de fidejussor. cap.5.num.169.* Quod † adeo verum credit Zas. *in d.l.fin.nu.8.* ut 222 ne quidem jurejurando renunciatio facta teneat, quia juramentum intelligitur & exauditur secundum materiam subjectam. *l.fin.C.de non numer.pecun.* nec conditio ejus, quæ huic fidejussioni natura inest, purificari potest ante factam excussionem: tametsi Bald. *in c. ex rescripto. extr. de jurejurand. argum. illius text.* diversum sentiat, quem & Petr. Costal. *in d.l fin.* sequitur. Verum si paulo pensius textus *d. c. ex rescripto.* ponderetur, id non probat. Itaque idem Bald. hac in parte sibi ipsi contrarius ab ea opinione discedit *ad rubr. C.de rer.permutat.* & priorem sententiam veriorem judicat, quam & Zas. sequitur *d.num.8.in d. l.fin.* communiq; calculo hanc receptam esse testatur Eman. Soarez. *in thesauro receptar. sentent. verb fidejussor.num.139. post Alciat.in d.l.fin. & Felin. in d.c.ex rescripto.*

Qua de causa, etsi renuntiasse videtur certiorata huic exceptioni, ex conditione tamen & natura hujus negotii non debet impediri, quin ea cum effectu utatur.

Idque † hoc casu propterea quoque admittendum est, quod nondum conditio con- 223 ventionis extitisse constat, nempe, utrum etiam aliquid & quantum debeat quæstor D. B. A. Siquidem id omne, aut certe maxima pars reliquorum, quæ calculi subductione & dispunctione facta apparuerunt, à subditis non est exacta, sed adhuc debetur. At prius illi excutiendi sunt, qui reliqua debent, quam ad executorem, seu quæstorem ipsum perveniatur, *per text. expressum in d. l. 1. C. de conven. fisci debitor. lib. 10.* Eos, inquit, Imp. priore loco conveniri, qui reliqua contraxerunt; mox ad vos, &c. Reliqua enim sunt, quæ debita manent post factam rationū dispunctionem, *l. qui nominibus.44. ff.de administrat.tutor. l.Lucius Titius.53. ff de testam.manum. l.6. § fin. l. Sticho. 40. § argentarius. ff. de statu liber. l. constitutionibus. ff. ad municipal. l.penult. §.conductores. ff. de jure immun.* Qui igitur hæc reliqua contraxerunt, hoc est, primordialiter debent, omnium primi excutiendi sunt. Quod vel inde eo verius est, quod nec de culpa defuncti mariti aliter, quam discussis illis ærarii debitoribus apparere quid certi potest.

Quibus † diligenter ponderatis, non obstant 224 ea, quæ dubium nobis facere videbantur. Nam quod primum de renunciatione est, hic locum non habere, modo ex Bartol. *in d.l.1. Bald. Jas. Alciat. Dec. Zas. Petr. Costal. in d. l. final. Emanuel. Soarez. d. verb. fidejussor. num.138. & 139. Gayl. d. observat.27.*

vat.27. num.13. Felin. in d. cap. ex rescripto. multisq; aliis apparuit, qui omnes negant, posse fidejussorem indemnitatis ordinis seu excussionis beneficio renunciare: reluctante natura ac conditione ejus promissionis. Quod autem hæc non sit simplex fidejussio, sed intercessio indemnitatis: primo, ex natura negotii principalis: secundo, ipsa conventione: tertio, promittentis conditione: & quarto, legum suffragio jam demonstratum est.

Sic & alterum, quod in simplici fidejussione locum habere potest, refutatur. Deinde, etsi verba in contractu posita videntur E. principalem contrahentem non minus, quam maritum designare; si tamen totum negotium ejusque substantiam & finem consideremus, liquido patet, mariti negotium principaliter contractum esse; uxorem vero intercessisse pro marito, & revera sustinere fidejussoris partes, se suaq; bona pro marito obligantem, cui ideo minor fides habebatur, quod immobilibus eo loci carebat; uxor autem locuples erat, & latafundia ibi possidebat, ut in resolutione primæ quæstionis vidimus. Præterea non caret lite eorum sententia, qui contendunt, principales se pro aliis constituentes, selbst schuldige Bürgen / carere beneficio excussionis: etenim ab horum, & quidem paucorum, sententia per diversam sententiam ab universis prope discessum est, nempe etiam his exceptionem excussionis dandam esse, *juxta gloss. in d. Novell. 4. de fidejussor. cap. 1. verb fidejussorem. ibi Azo num. 6. Alexand. in Apostill. ad Bart. in Rubr. judicat. solv. versic. quærit Dynus. idem Alexand. in l. ubi autem. §. illud. num. 4. ff. de verbor. obligat. Castrens. ad l. in personam. §. 3. num. 2. ff de pact. & in l. sed Julianus. num. 1. & 3. ff. ad Senatusc. Macedon. Guido Pap. singul. 604 num. 2. Cynus num. 6. Salycet. num 5. ad d. auth. præsente. C. de fidejussor. Aretin. ad §. si plures. in fin. Instit. de fidejussor. ibid Joan. Schneidvv. num. 11. Modest. Pistor. consil. 1 num. 49. volum. 1. Wesemb. consil. 14. num. 12. Capell. Tholoss. decis. 80. Anton. Gabriel. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num. 29. Andr. Gayl. observat. pract. 28. lib. 2. Ernest. Cothm. respons. 22. num. 6. 7. 8. & seqq. volum. 1.* Ut ideo tanquam communiori tutius sit inhærendum: ma-
225 xime, † cum utrobique conditio fidejussorum & constituentium æquiparentur, *gloss. in d. auth. præsente. & gloss. in d. Novell. 4. cap. 1. de fidejuss. Zas. in fin. in §. de constituta. Instit. de action. Joan. Schneidvv. in §. in personam. num. 28. & 29. Instit. eod.* ubi aliud in specie non reperitur cautum, *gloss. in l. si remunerandi. 6. §. si passus. ff. mandat.* Tantum autem abest, ut inter constituentem alienam obligationem & fidejussorem aliqua sit differentia, quoad beneficium ordinis, *ut in d. Novell. 4.* quoad id per omnia parificentur: imo nominatim generalitate sua, idem de iis, quod de fidejussoribus caveat, *ut recte docuit Zas. in fin. ad d. §. de constituta. &*
226 *Schneidvv. d. num. 29.* Denique † taciti non potest esse major potentia, quam expressi, ut notant Doctores *ad l. 3. ff. de reb. credit. si cert. pet. & ad l. 2. l. 3. colum. 4. ff. de pact. Tiber. Decian. respons. 31. num. 27. volum. 1.* imo minus operatur, quam expressum, *l. precibus. ubi Doctor. C. de impub. & aliis substit. Bart. in l. ult. in princ. ff. de legat. 2. gloss. in l. cum duobus. § socium. §. omnium. ff. pro soc. Tiber. Decian. respons. 73. num. 35 volum. 2.* At nec expressæ renunciationis effectus is in hac causa esse potest, ut tollat hoc privilegiũ, uti modo probatum est. Ergo nec tacita illa, quæ ex facultate electionis colligi vult.

Circa † tertium negatur notorietas; cum 227
quisque præsumatur idoneus & solvendo, donec contrarium doceatur, *l. si creditores. 5. in fin. ff. de separat. l. si defunctus. 10. C. arbitr. tutel. gloss. in l. 5. § qui pro rei. ff. qui satisdar. cog. l. sive possidetis. C. de probat. Hostiens. Joan. Andr. Panorm. in c. 1. in fin. extr. de scrutin. in ordin. facien. Fulvius Pacian. lib. 1. de probat. c. 54. num. 20.* Deinde, quia nondum excussi sunt, qui reliqua contraxerunt, hoc est, debent, ut ita nondum possit constare, utrum solvendo sint, nec
ne. Rursum † non satis est, in hac quæstione a- 228
liquid notorium dici, vel esse, nisi etiam doceatur à creditore, quod revera notorium sit: ut allegati autores indicant; ideoq; modos probandi notorium describunt. Denique quamvis notorium sit, tamen neque hoc sufficit, nisi super eo sententia declaratoria intercedat judicis, *Panorm. ad c. porro in 1. notab. extr. de divort. Valent. Franc. de fidejussor. cap. 5. num. 341. per c. cum dilectus. versic. his igitur. versic. cum nimirum si crimen notorium, &c. extr. de purgat. canon.* ubi etiam Decium *in l. fin. de reb. credit.* & Ant. Gabriel. *d. lib. 3. commun. conclus. tit. de fidejussor. conclus. 1. num. 54.* ejusdem sententiæ approbatores laudat. Quæ cum omnia hic absint, nec adesse ostendatur, nihil prætensa notorietas obstare potest.

Quarti † minor negatur: cum multo plura 229
bona E. alienaverit, quam ille ad eam attulerit, ut in facto proponitur: ut si quæ adhuc supersunt, eaq; illa apud se habeat, potius jure retentionis sibi possideat, quam ut ex iis creditoribus mariti satisfacere teneatur: cum his omnibus adeoque castro huic non solum causæ, sed & temporis privilegio vallata longe præferri debeat, *per d. l. in rebus. C. de jure dot. d. l. in assiduis. C. qui pot. in pign. l. 1. C. de privil. fisc.* de qua re forsasse plura in tertiæ quæ-
stionis resolutione. Deniq; † major illa proposi- 230
tio ita demum se habet, si non aliam ob causam res apud fidejussores sint, & quidem ita, ut nec ipsi fidejussores ex aliis causis possint videri potiores creditoribus replicantibus: quod & ratio æquissima dictat.

Quintum † procedit, & verissimum est, ubi 231
de mero facto quæstio est: cum ad factum nemo præcise cogatur; sed eo non præstito, succedat obligatio ad id, quod interest, *§ fin. ubi Doctor. Instit. de verb. oblig. l. quatuor. 30. § fin ff de leg. 3. l. si quis. 13. § fin. ibi Bart. Jas. Duar. Castrens. Bald. Alex ff. de re judic. Bart. in l. unic. quæst. 4. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. Bald. ad l penult. C. de condit. insert. l. 2. l. 3. l. 4. ubi Doctor. omnes l stipulationes non dividuntur. versic. Celsus. ibi Castr. l. si insulam. 84. cum similib. de verb. oblig.* At hic non factum merum, sed mixtum in stipulationem deductum est, magis in dando, quam faciendo consistens: imo dandi stipulatio contracta est, nempe ejus, quod damni datum fuerit, quam stipulationem dandi esse, *per d. l. fin. ff. de reb. cred. si cert. pet. d. l. 1. de conven. fisci debit. lib. 10. Zas. in d. l. periculum. ibid. Jas. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. stipulatio ista. 38. §. si quis dolum. d. l. stipulationes non dividuntur. 72. §. si quis ita. ff. de verbor. obligat.* palam redditur.

Ad

232 Ad † ſextum reſpondetur, negando, quod
hæc exceptio ſit de apicibus & rigore juris, qua-
tenus is, qui eam opponit, certat de damno vi-
tando, & ſic vim peremptoriæ exceptionis ha-
bet; ſed tantum quatenus eſt de ordinis præpo-
ſteratione, hoc eſt, mere dilatoria, ut exceptio
procuratoria, judicij ſubſtantiam non afficiens,
juxta l. exceptione. C. de probat. l. exigendi. ubi Jaſ. C. de
procurat. cum qua gloſſ. & interpretes eam conferunt in
d. l. ſi fidejuſſor. 29 §. quædam. Alexand. conſil. 114. in fin.
volum. 6. Boer. & alii. ut ita eorum aſſertio ſecun-
dum quid, non ſimpliciter, procedat. Nam ſi in
vim peremptoriæ opponatur, non eſt dubium,
quin ſit de æquitate, *per l. Moſchis. verb. æquum pu-*
tavit. ff. de jure fiſc. & quæ à Zaſio poſt Dec. Caſtr. Jaſ. &
alios in d. l. fin. ff. de reb. credit. ſi cert. pet. ſunt cumulata,
Menoch. de arbitr. judic. quæſtio. lib. 1. quæſt. 51. num. 7.
& ſeqq. Qua diſtinctione etiam utitur Aym. Cra-
vett. *d. conſil. 263. num. 1. verſic. ad hanc difficultatem.*
ubi plures alios ejuſdem diſtinctionis autores al-
legat, veluti Corne. Caſtr. Crot. &c. & quamvis
ibidem *in verſic. ſed præmiſſa dubitabilia, &c.* plera-
que moveat, cur dubitari poſſit de veritate hu-
jus diſtinctionis, tamen *num. 3. & ſeqq.* ea egregie
refutat, & late oſtendit, hanc exceptionem o-
mnino de æquitate juris eſſe, & in naturali ratio-
ne omnis æquitatis fonte fundatam, præſertim
quando intereſſe opponentis in ea agitatur, & ſic
vim perimendi habet. Quod cum ita ſit, eadem
diſtinctione hic erit utendum, cum E. quam ma-
xime certet de damno vitando, & intereſſe ſuo,
ne indebite & contra naturam promiſſionis ſuæ
233 gravetur. Deinde † prædicta conſideratio pro-
cedit, ubi de ſimplici & plano proceditur, ut in
foro mercatorum: at in eo foro non verſatur
hæc cauſa. Sed & id, quod dicitur, contractum
ſtricti juris per doli mali clauſulam fieri bo-
næ fidei, lite non caret; imo plane exploditur,
per l. ſi id quod aurum. l. ſtipulatio iſta. 38. §. ſi quis do-
lum. l. doli. 119. l. ex ea parte. 121. ff. de verbor obligat. l.
verba. 69. cum ibi annot. ff. de verbor. ſignific. Quibus
ex locis hoc evidens eſt, non ceſſare propterea
vel mutuum, vel quem alium ſtricti juris con-
tractum, imo ne quidem ſtipulationem ipſam
ſtricti juris eſſe, quod doli mali ſtipulatio, ſive
234 clauſula ſubjecta ſit. Deinde, † ſi ea ſententia
vera eſſet, falſiſſima eſſet illa, qua certus ab o-
mnibus bonæ fidei actionum ſtatuitur nume-
rus, *in §. actionum. Inſtit. de action.* cum longe plu-
res extarent, & quotidie fierent, quam ibi enu-
235 merantur. Nec † etiam diviſio illa actionum,
qua aliæ bonæ fidei, aliæ ſtricti juris diſtinguun-
tur, jure dici poſſet ſubſtantifica, ſive ab adjun-
cto ſubſtantifico, & inhærente eſſentiali, ſeu pro-
prio, ut eam eſſe docent Angel. Zaſ. Mynſing. &
236 alii *in d. §. actionum.* Propria enim, † ſive ſub-
ſtantifica, ſeu formalia adjuncta confundi &
commutari non poſſunt, niſi & res ipſæ com-
mutentur & tollantur, *ſecundum Polan. lib. 1. Dia-*
lect. cap. de adjunct. Jul. Scaliger. exercit. 23. fol. 108. &
exercit. 325. ſect. 2. Quod ſi ergo non deſiit, eſſe
ſtricti juris hæc fidejuſſio, utique nec prædicta
aſſertio de apicibus juris non attendendis locum
in ea habere poteſt.

Septimo poteſt ſatisfieri ex iis, quæ in reſolu-
tione primæ quæſtionis ſunt examinata: & quod
revera ſit interceſſio fœminæ pro marito: in
qua illa aſſertio locum habere non poteſt, per
jura ſupra relata.

Sic & octavum per deciſionem primæ quæ-
ſtionis eliditur, cum ex ea conſtet, neque ipſam,
neque maritum ejus in mora fuiſſe, ſed potius,
ſi qua mora ſit, eam cauſatam eſſe à B. Deinde
quo ad ſubditos exigendos, nulla eſſet mora de-
functi, ſed iſtorum non ſolventium: ut ideo ni-
hilominus hi ſint prius excutiendi; cum ante
eorum excuſſionem conſtare non poſſit, quid
& quantum culpa defuncti ærario caſtri abſit,
argum. l. 1. & 2. C. de conven. fiſci debit. lib. 10. Non
enim † fidejuſſores, præſertim magiſtratuum, 237
conveniri debent de eo, de quo non promiſe-
runt, *l. fidejuſſores. 68. in princ. & §. 1. ff. de fidejuſſor.*
d. l. 3. in fin. de adminiſtrat. rer. ad civitat. pertinent. l. 2.
§. ſed ſi filius. l. libertus. 17. §. fin. ff. ad municip. neque
conveniri poſſunt, antequam reus principalis
debeat, *l. fidejuſſor. 57 ff de fidejuſſor.*

Noni aſſumptum negatur, & reſpondetur i-
dem, quod de ea objectione deductum eſt in ex-
amine primæ quæſtionis. Et hæc de prima ex-
ceptione.

Secundo, exceptio † compenſationis ex fa- 238
cto D. B. A. competere poteſt. Nam ut dolus
cum dolo, *l. ſi dolo l. cum mulier. l. viro atq; uxore. ubi*
Doctores omnes, ff. ſolut. matrimo. l. 2. §. idem ait. ff. ne
quid in loc. public. l. ſi alius. §. belliſſime. ff. quod vi aut
clam. Fulvius Pacian. de probat part. 1. quæſt 59. num. 2.
per l. ſi in emptione. §. item ſi & emptor. l. domum. §. fin.
ff de contrah empt. delictum cum delicto, *l. ſi ambo.*
ff. de compenſat. Joan. Petr. Ferrar. in pract. ſua tit. de ſyn-
dic. verbo. compenſatio. Joan. Zanger de except. part. 3.
cap. 6. num 27. Sebaſt. Medic. de compenſat. part. 1. quæ-
ſtio. 34. num. 1. ita etiam culpa cum culpa com-
penſatur, *Sebaſtian Medic. in d. tractat. de compenſat.*
quæſt. 35. ubi ait, hanc eſſe communem, & ſic o-
mnes ſentire Doctores *ad d. l. ſi ambo.* præſertim
(ut hoc noſtro caſu eſt) in correlativis culpis, *ut*
ibidem num. 2. ex Baldo probat: ideoque reus & a-
ctor parem culpam circa idem compenſant, *per*
d. l. ſi ambo. d. l. viro atq; uxore. l. in arenam. C. de inoffic.
teſtam. Tyndar. de compenſat. articul. 5. num. 30. 35. 37.
& 38. Joan. Zanger. d. cap. 6. num. 27. Sed † & mo- 239
ram cum mora compenſare fas erit, cum in mo-
ra is non cenſeatur, à quo non petitur, ſeu qui
non interpellatur, *l. quod te ff. de reb. credit. l. ſi pupil-*
lus. ff. de verbor obligat. l. nulla. ff. de regul. jur. l. mora. 32.
ff. de uſur. Neque etiam is, qui ſua die debito lo-
co non adfuit, quando nec creditor aderat, vel
alius ejus nomine, cui offerret, *l. item illa. ff. de con-*
ſtituta pecunia. Petr. Peck. ad cap. mora. num. 9. verſic.
adde. de regul. jur. 6. Aym. Cravett. conſil. 648. num. 2.
per l. arbiter ſi calendis. ff. de arbitr. Bart. in l. continuus.
§. cum ita. ff. de verbor. obligat. Anton. Gabriel. lib. 3.
commun. concluſ. tit. de ſolut. concluſ. 9. num. 19. Tiber.
Decian. reſponſ. 11. num. 8. volum. 2. Roland. à Valle con-
ſil. 57. num. 35. 36. 37. volum. 1. & conſil. 87. num. 20.
volum. 1. Andr. Tiraquell. de retract. lignag. §. 9. in gloſſ.
3. num. 17. & ſeq. Et cum † mora delictum ſit, 240
quia dolus, itemq; culpa ſit, *l. dolus. ff. mandat. l.*
ſciendum. 21. legibus ſequentib. dicta l. mora. ff. de uſur.
Aym. Cravetta conſil. 609. numer. 9. & ex mora de-
lictum æſtimetur, *l. ſi plures querelam. ibi gloſſ. ff.*
de adminiſtratione tutorum. in l. in re furtiva. in fin.
ff. de

*ff.de condict.furt.l.inter stipulantem.§.penult.ff.de ver-
bor.oblig.* ac constet, dolum cum dolo, delictum
cum delicto, culpam cum culpa compensari, hoc
est, excipiendo & replicando repelli vel elidi; u-
tique etiam hoc factum Burggravii moratorium
faciet, ut si qua in I. T. mora argueretur, B. ex-
ceptione compensationis repelli debeat.

Ex proposita enim facti specie, de qua pluri-
bus in prima quæstione actum est, colligitur B.
in culpa & mora fuisse, cur quæstor officio suo
in exigendis debitis, quæ nunc reliqua sunt, fun-
241 gi non potuit. Estq; † extra omne dubium po-
stremam moram nocere, postremam culpam
spectandam esse, *l.illud.17.ff.de peric. & commu.rei
vend.l.prætor ait.§.penult.ff.de nov.ope.nunciat.l.semel.
ff.solut.matrimo.l.qui decem.ff.de solut. Costal.& Bart.
in d.l.illud & in l.si per emptorem.§.ult.de action.empt.
Aym.Cravett.consil.854.num.11.versic.apparet ex his.*

Neque potest prætendi, posteriorem moram
residere in persona quæstoris, idq; ex recessu lit.
D. & monitorio lit. E. apparere. Hæc enim non
probant, fuisse eum in postrema mora non exi-
gendi, sed non exhibendi designationem extan-
242 tium. At † moram abrupit, mors omnia sol-
vens, ut autor est Sebast. Medic. *in tractat. mors o-
mnia solvit.* Neque vero amplius in officio fuit,
ut ipse exigere potuisset: quam etiam ob causam
manum suam militarem B. A. ad id pollicitus est.
Itaque hinc nulla culpa alia, nec mora alia poste-
rior elici potest, quam quæ modo dicta est: non
autem, quæ possit quæstori imputari, cur du-
rante officio suo non exegerit: quia non potuit,
243 B. A. prohibente. Et † cum in bona fide ob-
temperaverit, nullam pœnam meretur, *gloss in l.
si servum.§.non dixit.verb.amovere.ff.de acquir.hered.
l.quamvis.ff.de condit.& demonstrat. Tiber.Decian.re-
spons.29.num.30.volum.1.* bene enim fieri dicitur,
quod bona fide fit, *per l.cum qui.§.in popularibus.
244 verb.fuerit.ff.de iureiur.* Nec † ideo etiam hæc mo-
ra circa idem, sed circa diversa accidisse digno-
scitur, & ex novo quodam negotio à priore se-
parato: ut ideo hæc posterior quæstoris non ab-
oleat illam priorem. Circa diversa autem dolus,
vel culpa, aut mora commissa regulariter non
compensantur, sed singula suis causis reservan-
tur: neque inter hanc, quæ circa diversa est, ca-
dit prius vel posterius, *Fulvius Pacian.d.cap.59.nu.
30.Sebast.Medic.d.quæst.35.num.3.Tyndar.d.articul.5.
num.32.34.& 35.*

245 Neque † obstat, quod Fulvius Pacian. *lib.1 de
probat.cap.59.num.13.& 14.per l.si quis ad te fundum.
C.ad leg.Jul.de vi public. d.l.illud.ff.de peric. & commu.
rei vend. & ex Roman.in l.cum mulier.num.88.versic.
fallit secundo.colum.2.ff.solut.matrm. & ibidem ex Jo-
an.Imol.num.52.versic.item suadet.col.penult. itemq;
ex Aret. & Socin.* tradit, compensationem delicti
cum delicto, doli cum dolo non admitti, si po-
sterius delictum prius, vel posterior dolus aut
culpa priorem tollat: & sic nec moram cum
mora compensari, ex quo posterior priorem ab-
sorbet. Nam hoc ita est, quatenus agens se in
posteriore mora fundat: tum enim frustra obji-
citur compensatio moræ primæ, quia hæc per
posteriorem jam ipso jure erat compensata &
consumpta, ut amplius non esset: uti allegati
autores & leges probant; quia sola posterior
mora attendenda est, scilicet circa idem: ut ex
Costal. Cravett. Bartol. & aliis supra allegatis li-
quidum est: Secus autem ubi agens se fundat in
mora priore: hæc enim recte repellitur, vel per
exceptionem compensationis, vel in factum, nec
datur contra eam replicatio moræ prioris, *per d.
l.illud.17.ff.de peric. & comm.rei vend. Aretin.in §.1.
num.23.Instit.de except.* Sed nec † obstat, si obji- 246
ciatur; imo videri hoc modo latam culpam quæ-
storis cum levi culpa B. aut levam culpam quæ-
storis cum levissima culpa B. talem autem com-
pensationem non admittit Tyndar. *d. articul.5.
num.36. Sebast. Medic. d. quæst.35.num.2.& 3.quæst.
34.num.2.& quæst.37. Fulvius Pacian. d.cap.59.num.
15.per l.item si obstetrix. in fin.ff.ad leg.Aquil.cum aliis
ibidem allegatis.* Primo enim negatur, quæstoris
culpam aliquam esse, per ea, quæ Tiber.Decian.
d.respons.29.num.30.& 31.volum.1. respondit, aut
si qua est, eam non esse latiorem vel majorem
culpa B. contenditur; imo † vero major culpa 247
B. est, qui impedire non debebat horum debi-
torum exactionem, contractu & lege reclaman-
te, *in l.in fiscalibus.l.seq.C.de exact.tribut.lib.10.* con-
sistitq; hoc casu quæstoris, si qua est, culpa in o-
mittendo, B. vero in prohibendo, & sic facien-
do: quam constat, semper esse graviorem illa,
quæ est in omittendo, *l si servum.91.ubi Bart. Jas.
Castr. Duar. Donell & alii, ff.de verbor. obligat. gloss.
Bart. Zas. ad l.quod Nerva ff.deposit. Doctores ad l.con-
tractus.ibi Martin.De-La Rio late in princip.ff.de regul.
jur. Doctores ad l.7.ff. de magistrat. conuen. per illum
text juncta l si plures 38.ff de administrat tut. Tyndar.
d. articul.5 num.36. versic. idem si unus in levi. Eman.
Soarez. in thesaur. commu opin. verb. culpa. num.336.
Joan.Zanger de except.part.3 cap 6 de compensat.num.
27.versic.sic lata culpa cum levi.argum.l.si mora.9 ff.so
lut.matrimo.* Denique quod † dicitur, culpam 248
minorem cum majore, latam cum levi non com-
pensari verum est, ut simpliciter & in solidum
non fiat: at quo ad concurrentem quantitatem
datam compensari posse, *post Tyndar.d num.35.&
seq.docet Joan. Zanger.d cap.6.num.28.per l.4.C.de
compensat.* Denique nec † hoc objici potest, Dn. 249
Burggravium certare de damno vitando, itaque
causam ejus esse potiorem, dato, quod paritas
adsit doli vel culpæ, *ut probat Fulvius Pacian. d. cap.
59.lib 1.de probat. num.17.per l.apud Celsum.§.Mar-
cellus.ff.de doli mali except. & Joan.de Imol. in d. l.cum
mulier.num 52.versic item tertio ff.solut.matrim. & i-
bidem Bart.num.3.&c.* Imo vero & E. certat de
damno vitando, ut id, quod neq; ad se, neq; ad
maritum noverit pervenisse, de suo resarcire in-
vita, & satis misere afflicta non cogatur. Quan-
do † vero in pari causa sunt lucri & damni actor 250
& reus, magis favemus reo, quam actori, *per l.2.
C.de condict.ob turp.caus.l.cum par.ff.de regul.jur. c.in
pari.ubi Dyn. Petr. Peck. & alii eod.in 6.l.favorabilio-
res.ff.eod. ut ipsemet Fulvius Pacian. explicat d.cap.59.
num.20.*

Tertio † non incommode objicitur exceptio 251
casus insoliti. Perpetua enim sterilitas, quæ to-
to illo tempore fuit, quo administratio hæc du-
ravit, merito attribuitur casui fortuito, cum
vitio rerum non acciderit, neque culpa ali-
cujus hominis forensi, sed Deo vel tempe-
states, vel alias calamitates justo suo judicio
immit-

immittente: Cui accedit, quod eo tempore ex-
ercitus ibi magnus collectus fuit, & aliquoties
miles traductus magna subditorum jactura. E-
jusmodi autem continuas sterilitates & tumul-
tus bellicos non minus, quam hostiles incursus
inter casus referri fortuitos, & quidem insolitos,
inter Interpp. expeditum est, *per l. fistulas. §. fru-
menta. ff. de contrab. empt. & vendit. l. 2. §. si ex tempo-
re. ff. de administrat. rer. ad civitat. pertinent. l. si ea res ff.
de act. empt. l. quæ fortuitis. C. de pignor. action. l. contra-
ctus. verb. animalium. ubi Martin. De la-Rio cap. 25.
26. 27. 28. 30. ff. de regul. jur. l. in rebus. 18. in princip. ff.
commod. l. inter causas 26. §. non omnia ff. mandat. l. 1.
§ prætor ait. ff. deposit. l. ex conducto. §. si vis ff. locat. cond.
l. exceptæ. 8. C. eod. § cum autem Instit. de empt. & ven-
dit. Aym Cravett. consil. 957. num. 30. & 31. Castr. in d.
l. ex conducto § si vis & in l. 5 ibi etiam Costal & in d. l.
in rebus ff. commod. Joan. Petr. Surd. consil 12. num. 15.
Arius Pin. ll. ad l 2 part 1. cap 3 nu. 25. C. de rescind ven-
dit. Menoch. consil. 27. num. 22. Corneus consil. 128. num.*
252 *29. volum. 2.* Casum † autem fortuitum, quem
culpa obligati non præcessit (ut hic præcedere
nulla potuit, vel quæstoris, vel E.) nemo præstat,
*d. l. contractus. versic. animalium. ibi Martin. de La Rio
c. 21. de regul. jur. l. qui insulam. 30. § fin ff. locat. cond. d.
l. qui fortuitis. C. de pignor. actio. c. fin. ibi gl. & Interpp.
extr. de homicid. l. opus quod in aversione. ubi Bart. l. item
quæritur. § si navicularius. § si magister. versic. Labeo. l.
ex locato. ff. locat. Joan. Petr. Surd. d. consil. 12. num. 13.*
cum nemo ad impossibilia obligetur, *l. verum est.
31. l. impossibilium. 185. ff. de regul. jur.* ideoq; iniquis-
simum sit à quoquam hunc casum exigere, quem
nec prævidere, nec impedire potuit, *Martin. de-
253 La Rio in d. l. contractus. c. 25.* Quod † adeo verum
est, ut non solum obtineat, quando casum quis,
(ut hoc nostro casu) in se non recepit, sed tunc
etiam, quando pacto in se omnem casum & pe-
riculum suscepisset: quia non intelligitur casum
supra modum insolitum, vel non cogitatum, &
qui cogitari non debuisset, neque ideo potuisset,
suscepisse. *per d. l. fistulas § frumenta. l. sed & si quis. §.
quæsitum ff. si quis caut. jud. sist. Corne consil. 23 num 6.
consil. 128 num. 17. vol 2. Anto. de Butr. ad c. 1 extr. com-
mod. Felin ad c sedes. col. 2 versic clausula generalis. extr.
de rescript. Anton Gomes. var. resolut. tom 2 cap 3 num.
19. in fin. Emman. Soarez in thesaur. comm. opin. verb. ca-
suum fortuitorum num. 28. Laur. Kirchof. cent. 1. comm.
opinio. conclus. 27. Martin. de La Rio in d. l. contractus.
cap. 21.* qui omnes hanc esse communem atte-
stantur, *ut & Menoch. consil. 27. num. 18. 19. & seq.* u-
bi textibus & rationibus eam fulcit. Eandem di-
cit communem Joan. Petr Surd. *consil. 61. num. 65.*
multis ad id citatis autoritatibus: tametsi Arius
Pinel. *in d. l. 2 part. 1. cap. 3. num. 30 & 31.* eam varie
impugnet, ut & Martin. de-la-Rio *d. cap. 1.* Qui-
bus quidem hactenus accedere possumus, si ni-
mis prægnantia & exquisitissima sint verba reci-
pientis: ut nisi de omni etiam penitus & supra
modum insolito casu acciperentur, sine effectu
forent: Secus autem si vulgaribus & simplici-
bus verbis usus esset; quia intelligeretur tantum
casus solitos, non etiam insolitos recepisse, *secun-
dum Martin. de La Rio d. cap 21.* Accedit indul-
gentia & factum B. exactionem rigidiorem im-
pedientis, cui parere quæstor necesse habebat;
& quod fœmina hoc officium administrare non
potuit, neq; etiam debuit: quo vel ipso ab omni
culpa excusantur hi conjuges: qua de re satis in
prima quæstione.
Putat † quidem Calcan. *consil. 24. nu. 14.* in stri- 254
cti juris contractibus promissorem non excusari
à casu fortuito, sed omnino teneri, *per l. continuus.
§ illud. vers. & generaliter. ff. de verb. oblig. & l. incendi-
um. C si cert. pet.* Unde hoc consequens esset, no-
stro casu E. ejusq; maritum de casu fortuito quo-
libet teneri: cum contractus sub lit. B. revera sit
stipulatio, aut certe constitutum; & quatenus E.
pro marito intercessit, fidejussio: quos contra-
ctus constat esse stricti juris. Verum hanc Cal-
can. opinionem non esse generaliter, sed tantum
in rebus iis, quæ in genere consistunt, & quarum
functio est in numero, pondere, & mensura ve-
ram; quando hæ res suo domino pereunt, nec
genere etiam suo perire possunt, tradunt omnes
in l. quod te mihi. ff. de reb. cred. si cert. pet. inprimis ve-
ro ibidem Petr. Costal. & ita etiam Calcan. decla-
rat, ac interpretatur Aym. Cravett. *consil. 957. nu.
33.* ut exemplum ibi est in mutuo, in stipulatione
vini, frumenti, & similium. In tali autem casu nō
versamur, quando solummodo rea id debeat,
quod sua vel mariti fraude & negligentia damni
datum est, & sic ad id, quod interest, *l. si … Instit de
verb. oblig.* Cujus † solutio … numerata pecu- 255
nia, frumento, vel vino est … ipsum tamen,
quod interest, non debetur, ut quantitas, sed ut
species, quia vice rei seu corporis, in quo culpa
commissa est, succedit, *l. penult. l. ult ff. de trit. cond. l.
si servum. 91 ff. de verb. oblig. d. §. fin. l. fin ff. de præt. stip.*
Quatto, non incommode se adversus reces-
sum lit. D. & subsecutam admonitionem lit. F.
defendit exceptione novi contractus, cujus gra-
tia non intercessit, seu qui ad se non pertinet. Est
enim † stipulatio & sic fidejussio, *l. 5. § fin l. seq. u-* 256
*troq; loco Bart. Jas. Cast. Duar. ff. de in lit jur. l. unic. §. sed
etsi non ignoremus. C. de rei uxor. act. §. actionum. § fue-
rat. ibi Dd. Instit. de actio. l. 6. C. si cert pet. Nicol. Mozz.
de contract. tit. de stipul. c. quæ actio oritur ex stipul. nu. 4.*
item constitutū. *§. de constituta. ibi Dd. Inst. de act. d.
§. actionū. cum ibi annot. l. si duo. 16 §. 1. ff. de constit. pec.*
stricti juris: ideoq; stricte interpretari oportet,
*l. quicquid. 99. ff. de verb. oblig. l. si pignori. l. si fidejusso-
res. ff. de fidejuss. l. qui Romæ. §. Agearius ibi Dd. ff. de verb.
oblig.* ne in plus, vel aliud, quam spopondissent,
teneantur, aut exigantur, *d. l. si fidejussoris. l. sed & si
quis. 13. ff. de constit. pecun.*
Utrum autē alius ac novus sit contractus, qui
24. Septemb. anni 1594 sub lit. D. inter B. & quæ-
storem placuit, haud immerito in quæstionē ve-
nit? Dubium † facit, quod omnino obligatus e- 257
rat quæstor rationem reddere exactorum, & non
exactorum, *l. apparitores. C. de exact. tribut. lib. 10.* ad
cujus executionem pertinet calculi dispunctio &
pariatio, *l. fin. §. inter cætera ff de libert. leg l. 1. §. officio.
§. de rationibus. ff de tut. & rat. distr. Car. Molin. in con-
suet. Paris. part. 1. §. 9. glos. 6. verb. rende compte. nu. 15 &
16. Alex Raud. de analog. lib. 1. c. 6. nu. 25* Quod † autē 258
negotiū ad executionem alicujus cōtractus per-
tinet, nō potest videri novus contractus, seu no-
va conventio, sed pars & sequela ejus, à qua de-
scendit. & ad cujus implementum spectat, *per l. si
quis servū. 23. ff. de act. empt. Bart. n. 4. vers. adverte. Bald.
n. 10. in 9. oppos. & n. 22. Salic. n. 10. Castr. n. 11. Jas. n. 8.
& 15.*

& 15. ad l. final. C. de pact. facit l si constante. 24. §. si vir. versic. quod si negotium. ff. solut. matrim. Aym. Cravett. consil. 666. num. 5 per l. nam & Servius. §. si vivo. ff. de negot. gest. Bald. in l. meminisse. ff. de offic. proconsul. De-
259 inde † generalis est hujus fœminæ obligatio, &
apta, ut huc etiam extendatur, *argum. l. si ita stipulatus. 56. ff. de fideiuss.*

Preterea una eademq; semper fuit unius ejusdemq; officii & administrationis susceptæ origo, ex qua reliqua illa promanant, de quibus recessus ille lit. D. factus est: itaq; omnia illa reliqua ex omnibus administrationis prædictæ annis in unam summam finalem redacta, unum idemq; debitum erunt, ex uno eodemq; contractu principali profluentia, *per l. si Stichum. §. 10. ibi Doctor. ff. de verbor. obligat. l. Pomponius. ff de negot. gest.*
260 *& ibi Bart. l. si à colono. 59. ff. de fidejuss.* ut † ideo nihil novi convenisse, sed quod convenit discussum, examinatum, & liquidatum, seu declaratum esse appareat, per recessum sub lit. D. præmissum. Novum autem non dicitur, quod est ex declaratione, *Aym. Cravett. consil. 755. num. 2. per l. heredes palam. §. sed si notam. ff. qui testam fac. poss. & ut Jurisconsultus Gajus ait in l. adeo. 7. §. cum quis ex aliena. in fin. ff. de acquir. rer. domin.* novam speciem, qui excutit, non facit, sed eam, quæ est, detegit; id quod ad simile casus nostri Aym. Cravett. *con-*
261 *sil. 594. num. 5.* accommodat. Sed † & quod continuatur unum & idem, non diversum ac novum negotium est, *l. continuus. ff. de verbor obligat. l. si quis ita legaverit. ff. de condit. & demonstr. Tiber. Decian. respons. 11. num. 18. 19. 20. volum. 1.* Continuatur hæc conventio cum prima, & omnium illorum annorum, quo administravit, duratio & continuatio una est, de qua tantum recessus ille fidem facit. Novū ergo negotiū nō est, nec novaobligatio.

Sed iis † non attentis veritati magis consenta-
262 neum est, ut novus omninoq; diversus censeatur contractus ab eo, pro quo E. intercessit. Continet enim non eadem, sed alia à priore contractu capitula separata, ut ex inspectione instrumenti patet; veluti quod obligatus esse debeat quæstor descriptionem extantium intra mensem conficere & exhibere, cum subditis rationem facere, & inter proxima bacchanalia reliqua solvere. At quando posterius pactū vel conventio alia continet capita, quam quæ sunt in priore, nova intelligitur esse conventio, ac novus contractus, & proinde nec unus idemq; cum priore, *Bart. in l. penult. ff. de prætor. stipulat. per text. in l jus civile. 6. ibi idem Bart. ff. de justit. & jur. l. Tribunus. §. fin. ff de milit. testam. l. 1. §. si quis simpliciter. ibi notata à Bart. Bald. Zas. Castr. Duar. ff. de verb. oblig. Menoch. consil. 212. nu. 31. Joan. Petr. Surd. consil. 345. passim.* Nova † enim
263 species fit ex qualitatibus, quæ ad formam vel materiam sunt adjectę; vel quoties effectui obligationis aliquid accedit, vel decedit, *Bart. ad l denunciasse. §. quid tamen ff. ad leg. Jul. de adult. & in l. edita. num. 8. C. de edend. respondit Aym. Cravett. consil. 425. num. 106. versic. decimotertio novum quid. & consil. 910. num. 3.* unde idem Craverta *consil. 361. nu. 1.* ex Bart. *ad l. item quia. §. fin. in fin. ff. de pact. & l. pacta novissima. & l. 2. C. de pact.* respondet, novatas intelligi pactiones per transactionem insecutam ex intervallo, in qua pacta diversa contenta sunt, nec censentur in novante repetita. Cui accedit, quod etiam Menoch. *in d. consil. 212. num. 31 & 53.* respondit, videri propter nova capitula à priore discessum, eamq; extinctam.

Deinde, † si conferatur hæc posterior con- 264
ventio cum obligatione, qua se obstrinxit cum marito & pro marito E. manifestissime deprehenditur, penitus res diversas continere. Nam obligatio, qua principaliter se obligavit, tantum eam adstringit ad solutionem ejus, quod interest, si quid dolo vel culpa mariti, vel sua male sit gestū. Recessus ille novus non continet id, quod ob negligentiam, fraudem vel culpam quæstoris, aut uxoris ejus castro abest, vel interest; sed quod facta dispunctione & pariatione, reliquū mansit, ut solvatur: nō quia culpa ei⁹ vel uxoris hoc damnū datum sit, quia calculo subducto hoc reliquū mansit neque etiā cōtinet, ubi & quomodo, omittendo vel cōmittendo hoc damnū datū sit; sed quod intra mēsem apud subditos extantia debeant designari, & cum subditis ratio iniri: & sic novæ personæ intercedunt, nova summa, nova res in hanc stipulationem deducta est. Quibus
modis † etsi possit videri dubium, utrum revera 265
sit novatio facta propter expressum text. *in l. fin. C. de novat. §. præterea. cum ibi annot. Instit. quib. mod. obligat. toll. & quæ tradit Valent. Franc. cap 6 num. 17. de fidejuss. item Camill. Borell. consil. 11. nu. 23. & 24.* tum etiam quod proprie nō videatur hic illud actum, ut prior obligatio in aliam sit omnino transfusa ac translata, *juxta l. 1. de novat. & l. singularia. ff. de reb. cred. si cert. pet.* & quę facultas Juridica Marpurgensis respondit *in consil. ult.* inter consilia Domini Joh. Borch. quæ Borcholt subscripsisse & approbasse dicitur: negari tamen non potest, novum plane, & à superiore separatum contractum esse initum, ad quem E. promissio sua non adstringit, per ea quæ respondit post multos ibi citatos Wesemb. *consil. 31. 32. & 33. & Bart. itemq; Jas. in d. l. singularia. ff. de reb. cred. si cert. pet. Cravett. consil. 167. nu 9. & 12. Dec. consil. 464. nu. 5. ac rursum Bart. ad l. item quia. § fin. in fin. ff. de pact.* ut ideo ope exceptionis hic recte inducatur novatio, hoc est, novi contractus celebratio, per quem prior sit alteratus & mutatus, *secundum Wesemb. d. consil. 31. num. 32. post Bald. in l. novationem. C. de fidejuss. pro quo facit l. pacta novissima. C. de pact. cum similib.* Cujus 266
ergo is † effectus est, ut E. neq; ad id, quod in illo novo contractu (si jure subsisteret) continetur, sit obligata, neq; etiam de eo, quod ob moram castri interesse potest: nec etiam aliter de reliquo, sive resta ex suo contractu conveniri queat vel teneatur, nisi quatenus & in quantū evidenter probatum fuerit, propter culposam & malam administrationem seu negligentiam in damno castrum esse: non ultra: cum plus non promiserit, nec in aliam causam intercesserit: uti ex deductione primæ quæstionis resultat. 267

Nec obstat, † quod posterior ille recessus vel conventio videatur pertinere ad executionem principalis obligationis: quod quidem dari potest, quoad id, quod oportuit rationem reddi, & id, quod reliquū mansit, solvi: at quoad novum solvendi terminum, novam cum subditis calculationem ineundam, ac designationē extantium, inter mensem exhibendam, non est pars & sequela principalis contractus, sed aliud ab illo diversū,

versum, *Wesembec.d.consil.31.nu.32.& 33.* neque pertinet ad executionem contractus prioris, ut per se patet. Deinde E.non in universum & absoluiè pro principali administrationis contractu intercessit, sed in eum casum, si quid damni circa administrationem datū fuerit sua vel mariti culpa. Hoc autem damnum hæc rationum redditio non probat, neque eo fine facta est, nec fieri potuit, ut per eam manifestaretur, quantum damni culpa E.vel mariti eius in administratione Castro datum esset: sed reliquum illud, quod in resta (ut ita loquar) mansit, culpa mariti vel E. extare & abesse, adhuc probandum erit per rationes & jura in prima quæstione enarrata.

268 Sic & illud † tollitur, quod satis generalis videatur E. obligatio, ut commodè ad hanc novam conventionem extendi possit. Id enim negatur, cum contineat certam conditionem, & certum modum, ut in prima quæstione diximus.

Pari modo etiam tertium tollitur. Nam etsi largiremur unum idemq; debitum esse (tametsi
269 longè aliud † ex principali, eoq; primo contractu deduci posset, quia in singulos annos singulariter administratio concepta est, quo casu tot sunt stipulationes, quot anni *l.penult.§.1.ubi Dd.& in l.16. §.1.ff.de verb.obl.*) tamen non quadraret ad naturā & qualitatem obligationis eius, qualem E. in se recepit: quæ qualis sit, iam sæpius diximus. At si
270 quid † requiritur esse tale, non sufficit esse, nisi etiam ostendatur esse tale, *per l.non ignorat.ibi Bar. & Bald.C.de his qui accus.non poss.l.Jul.Paulus.81.§.1. l.Lucius Titius.83.ff.de condit.& demonstr.* quia qualitas adiecta restringit & declarat dispositionem. *Joh.Pet.Surd.consil.179.n.41.& consil.274.n.14.* ideoque probari debet, cum super eo fundetur agentis intentio *Joh.Petr.Surd.consil.180.n.7.consil.207. n 8.secundum Joh.And.in c.1.de homicid 6.& consil.148 n.19.per l.1.§.quod aūt ait prætor.ibi Bar.ff.ne quid in flum.publ.*

Continuatio quoque annorum illorum eodē modo repellitur; imò continuatio illa hic frustra prætenditur, cum iam dudum ab officio discessum fuerit, quando posterior illa conventio
271 facta est. Denique † cum tantum singulorū esset annorum, singuli anni singulas easq; novas administrationes genuerunt *per d.l.pen.§.1.ff.de verb.obl. Dec.consil.72.nu.45. Bald.ad l.si à te, in prin.C.de pact. inter empt & vendit.*

272 Hinc † tandem non ineptè colligitur, obiici quoq; posse exceptionem prorogationis, *ex Menoch.consil.120.n.30.& seqq.Tib.Decian.resp.11. n.29. vol.1.per l.si cum Hermes.ibi Joh.Sichard. C. loc.cond.l. item quæritur.13.§.qui impleto.ff.loc.l.Labeo.25.§.fin. ff.de recept.arb.l.ubicunq; 60.ff.de fideiuss.l.novatione. 4.C.eod.* Tempus enim illud de singulis annis, limitandæ atq; finiendæ obligationis causa adiectum putatur: & cum hic intersit tertiæ huius personæ E.prorogatum tempus non potest dici idem cum primo, *secundum Felin.in c.de causis.nu 3. extr.de offic.deleg.& Gail.pract.observ 30 num.11.lib.2.*
273 tametsi † aliud sit, si tempus solutioni, non obligationi adiectum sit, *secundum Hyppol. de Marsil. de fideiuss.nu.89.Dec.consil.400.nu.1.& 2. quos sequitur Gail.d.obs.30.n.11.Mynsing.cent.6.obs.53.& latè Val. Fran.d.cap.6.n.51.* Qui etsi *n.52.& seqq.* latè defendit, rectius statui, prorogatione termini per creditorem facta debitori, fideiussores non liberari: proinde nec E.hoc nostro casu: *per gloss. in d.l.si cū Hermes.Jas.in l.1.num.18.vers.quid tenendum.C.de judic.Matth.Coler.de process.execut.part.1.cap.10.n.302* cum intelligatur facta cum omnibus suis qualitatibus & accessoriis, *Matth.Coler.d.cap.10.n.305. post Jas.num.8.& seq.& Zas.num.35. ad d.l. lecta.ff.de reb.cred.si cert.pet.Ant.Gomez.tom.2.var.resol. cap.13. num.21.* tamen † hoc restringit idem Val. Franc. *d.cap.6.nu.62,* ut prorogatione iam facta, teneantur quidem de præteritis, hoc est, quæ primùm 274
ante prorogationem in obligatione fuerunt, sive sors, sive usurę, sive, ut hoc nostro casu, quod culpa Quæstoris iam tum damnum datum erat, *per d.l si cum Hermes.ibi Sichard perspicuè l.fin.in fin. C. de usur.rei iud.* Secus autem de futuris, quæ post prorogationem augent obligationem. Ex quo idem Franc.*num.67.* infert. Ex superioribus itaque, inquit, infero, si quis pro officiali fideiussisset ad annum pro reddendis rationibus, finito anno, si prorogatum tempus fuerit, fideiussor ad præcedentis anni rationes, non etiam subsequentis temporis periculum subire tenebitur. Laudat huius sententiæ autores plures, veluti *Bart.ad l.Lucius.§.Paulus.ff.de admin.tut. Panorm ad c. constitutus.num.10.extr.de fideiussor. Felin. ad c. de caus.num.3.extr.de off.deleg. Anton. Gabriel. d.tit.de fideiuss.concl.3 num.4. lib.3. Tiraquell. & Coler. d. cap. 10.num 310.* Quæ decisio † cum sit in terminis 275
nostri casus, tantò magis attendenda est, ob id, quod in praxi multum est, decisionem in terminis habere. *Felin. ad cap.1. num.6 .extr.de præscr.Riminald. consil.543.num.18.volum.5. Thom. Triuis. lib.1.decis.in præfat.num.3. Anton. Gomez. ad §. æquè. Inst. de action. cum similibus.* Plures exceptiones res ipsa, & occasio rei benè tractandæ suppeditabit.

TERTIÆ & ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Circa † hanc ultimam quæstionem dubium 276
fortasse inde alicui suboriri posset, non solum quod inter *Mynf.observ.13.cent.4.resp.15.num. 15.& 19.& Andr.Gail.lib.2.pract.observ. 25. num. 10.* nec non cæteros interpretes de eo ingens pugna est, utrum mulier præferatur omnib. mariti creditoribus, non minus expressam, quam tacitam hypothecam habentibus, sed ętiam, quod mos patriæ esse videtur, ut uxores privilegiis dotalibus, aliisque similibus non gaudeant, sed in solidum exigantur, etiam non obstante, *tit.C.ne uxor. pro mar.* Nam posse hunc tit.eiusq; dispositionem statuto vel consuetudine propter ius societatis, quod inter coniuges est. *l.1.ff.rer.amot.l.adversus C. de crim.expil.hered.l.1.ff.de dot.præleg.Panormitan.in c. significavit, num.3.extr.de donat.inter vir.& uxor.Joh. Zopez. de lucr.mar.& uxor. cap.5.in prin.& num.3.* mutari & penitus tolli, adeò ut nec uxor gaudeat beneficio dotis & prælationis, de qua *in d.l. assiduis.C.qui pot.in pign.* non est dubitandum, *per l. de quibus.ff.de legib.leg.1.ll.sequent. C.quæ sit long. Consf.* siquidem potens est consuetudo in multis. *gloss. in cap.frustra. 8. de pact. distinct.& in cap. mos antiquus. 65. distinct. 5. c. conquestus. 9. quæstion. 3.* & excusat illicitum contractum, adeò etiam, ut usurarius pro licito propter consuetudinē reputetur

ut multis ostendit Dn.Petr.Salazar. *de usu & consuet.c.1.nu.1.*

278 Secundò,† renūciasse videtur E.omnibus suis privilegiis muliebribus,& sic etiam privilegio tacitæ hypothecæ & prælationis, *de quo in d. l. assidui.& in l. in rebus. C.de iur.dot.* ideoque nec retinere posse,cessante retentionis causa, *argum c. cū cessante. extr. de appellat. Tiraquell.in tract.à caus.cess.* Nam etsi,ut supra probatum est,mulier non possit renunciare beneficio, *d. authent. si qua mulier,* potest tamen rectè privilegio hypothecæ & prælationis renunciare, ut *in d.authent. si qua mulier.* Bald.Castr.Cyn. & reliqui omnes docent: adeò ut quamvis renunciatio in illo non procedat, in hoc tamen vires habeat.

279 Tertiò,† propriam videtur causam tractasse, ac sui honoris & commodi gratia pro marito intercessisse: quo casu ut Senatusc. *& d.auth. si qua mulier.* non juvatur, ita nec beneficio retentionis uti potest.

280 Quartò,fisci † hæc causa esse videtur,qui cum fœmina concurrens præferendus esse videtur, *per d. leg. satis. C. in quibus caus. pign. tacit. contrah. cum ibi notat. à Bald. & aliis. leg. utilitas. C. de primipil. libr.12.*

281 Quintò, etsi † dotis causa privilegiata videri potest, non tamen quo ad bona paraphernalia. *Bald. ad l.fin.C.qui pot.in pign.* in quibus marito administrationem concessit,imo jure societatis cuiusdam dedit.

282 Sextò,non † videtur hoc iure gaudere, propterea, quod communem negotiationem cum marito exercuit, hat zum gemeinem Weinschanck mit jhm gesessen / *per ea quæ Gail.d.observ.90. lib.2. pract.obs.Mynsing.d.obs.29.cent.1.*

283 Septimò,retentioni † regulariter non est locus, nisi ubi lex illud expressit. *l. ult.C. commod. l. fin.in fin.C.de compensat.Barthol.Socin. reg. 431. Alex. in addit.ad Bart.ad l.debitum.in verb.si non sortem.§.si centum.ff.de condict.indeb. Petr.Costal.ad l. in rebus. §. possunt. vers. extra hos casus remanet cautio generalis, nunquam dari retentionem rei, &c. ff.commod.Sebast. Medic de compensat.part.2.quæst.16.n.4 Jas.in d.l.si nō sortem.§.si centum nu.10.* Hic nulla lege id cautum esse videtur.

284 Octavò, non † est locus retentioni pro aliquo debito,quod occasione rei retinendæ non est cōtractum,si eius debiti occasione ea res ad retinētem non pervenit. *secundum Bart, in l.si non sortem. §.si centum.num. 8. in fin. per d.l. fin.C.commod.l.non inducta.C.in quib.caus.pign.tac.contr.Petr Costal.in d. l.in reb. §.possunt. vers. ideò librarius non potest chartas retinere.&c. Sebast. Medic.d.quæst.16.nu.20.*

285 Denique, liquidi † cum illiquido non esse aliquam compensationem, respondit Rol. à Valle *cons.17.n.4.vol.4.& docuit Sebast. Medic. de compens. part.1 quæst.46.nu.4.per l.neq; scriptura. l.fin. vers.ita tamen. C. de compens.* Ergò nec retentionem: quia
286 retentio † species quædam compensationis est, *Rol.à Vall.d.quæst.17.n.3.vol.4.secutus Bar. & alios ad l.divortio. §.ob donationes ff.sol.mat.* saltem per indirectū, *Seb,Medic.d.qu.16.nu. 25.* Sed dos E.itemque donatio propter nuptias, & quid ac quantum à marito ex bonis uxoris alienatū sit, non est liquidum: prætextu igitur dotis, donationis propter nuptias ac rerum alienatarum non erit retentio danda.

Cæterum his & similibus non obstantibus, quæ magna etiam ex parte refutata sunt in primæ quæstionis resolutione, statuendum est, imò optimo jure E. rebus, si quæ adhuc supersunt,à marito eius venientibus, incumbere ac retinere dotis, donationisque propter nuptias, & rerum aliarum paraphernalium à marito alienatarum gratia.

Nam † etsi mulier cum viro bona eius fami- 287
liaritatis iure possidere dicatur, eaque possessio, seu potius causa possidendi cum morte mariti finiatur, *l.qui iure 41.ibi Ang.Bart. Castr.Imol ff. de acquirend possess. l. & habet. 15. §. hospites. ff. de precar. Alex.consil.88 num.6.volum.2. Barnab. Carnaza. decis.Rota Lucens.199.num.10.Mynsf. respon.61. num 35.*
nec † quis sibi ipsi causam possessionis suæ muta- 288
re possit, *l.3.§.illud.ibi gloss.l.qui bona.§.1.ff.de acquir. poss.Mynsing.d.resp.61.nu.36, vers.nec potuit.* mulieri tamen superstiti concessum est,post obitum mariti causam possessionis suæ mutare, & quam in bonis mariti vim habuit, jure familiaritatis commutare in causam dotis & donationis propter nuptias,idque probant interpp. omnes post Bar. *in d.l.qui iure familiaritatis.41. de acquir. poss. l. si filio. ff.sol.matr. Bald.ad l.pen.C. de non num. pecun.& ad l. 1.C.de conven.serv.pign. dat. & in l.pen. C.de pign.act. Dec.cons.232.n.10.cons.400.n.4. vers.quo casu uxor, n.5. cons.671 n.7.Bald.Novell de dot. part. 8. privil.6. nu.21.Franc.Burs.cons.8.n.15.cons.9 n. 4.5.6.7. Rol.à Vall.cons.77.n.1.& 26.cum seqq.vol.1. Hieron.Magon. d.decis.64.n.3.9.& 14 Joseph Mascard de probat,con-*
clus.1179.nu.13.& 14. Quinimò † uxor superstes 289
in possessione manens præsumitur omni meliori modo sibi possidere velle, *arg.l.3. ff.de milit. test. l.quoties ff.de reb. dub. Menoch. remed.4. adipisc. possess. num.432.*& sic potius ex causa dotis, donationis propter nuptias,& jure pignoris, pro rebus paraphernalibus à marito alienatis, vel usurpatis possidere velle, *per ea quæ ex Crescent. decis.168. respondit Franc. Bursat. d.cons.8.nu.15.& quod existimat Joseph.Mascard de probat. concl.1179.nu.13.* præsumi nempe superstitem uxorē in bonis mariti æque, ut filiam in paternis iure suo proprio possessionē retinere: cui accedit Menoch. *de præsumpt. lib. 3. præsumpt.91.n.4.per l. filiusfam. §. iidem principes. & ibi Angel.ff.de leg.1.*

Quamvis † autem Mynsing.*d.respon.61.nu. 36.* 290
vers.nec potuit. videatur huic doctrinæ contradicere: Nec potuit, inquit, mulier post mortem mariti causā possessionis,quæ nulla erat,mutare: *per l.3.§ illud.cum gl l.qui bona.§.1.ff. de acqu. poss. cum similibus*: revera tamen à communi non discedit, cum hoc generaliter nō asserat,sed ex hypothesi, quādo illud ostendere nititur in illa facti specie, uxorem superstitem ideo non potuisse sibi causā possessionis mutare in eam, quam volebat, quia nulla erat, uti in resolutione primæ quæstionis suæ paulò ante probaverat. Ideò singulari emphasi dicit, *causam possessionis, quæ nulla erat.* Nam si qua fuisset,utique à sensu contrario potuisset, etiam secundum Mynsing. Et † licet alias gene- 291
ralis eius fuisset sententia, tamen propter unius huius autoritatem fas non esset à communi & recepta sententia, *de qua Bald. in d. l. pen. C. de non num.pecun.Roland d.cons.77.num.26.& seqq. volum.1 Phil.Dec.d.cons.232. Franc. Burs. d.cons.8.& 9. Joseph. Mascard.*

Mascard.d.concl.1179 num.13.& 14. Hieron.Magon. d.decis.Lucens.64.nu.3.& seq. Bald Novell.de dot.part. 8 *privil.6.n.*21.recedere,præsertim consulendo & iudicando. *Anton.Marian. Cariot. in tract. de comm. opin.in præfat.n.*27 *&* 48 *lib.*2 *tit.*8.*nu.*16.17.*&* 18. *Jas.ad l.præses.C. de transact.Bald.in l.fin. prope fin.n.*5. *C.de pœn.jud.malè judic.& in c. ne imiteris.nu.6. extr. de constit. Guid. Pap. in singul.* 512. *Ant.Corset. in sing. verb opinio.Bened. Capra in tract.regul.reg.*18.*num.*16. *Anton.Neguss.de pignor.part.*3.*memb.*2.*n.*10. *Arius Pinel.ad l.*1.*part* 3 *nu.*100.*C.de bon.matern. Robert.Marant.disp.*10.*nu* 48.*Alciat.de præsumpt. reg.*1.*præs.*51. *nu.*2.*Sigism.Lofred.consil.*14 *nu.*5.*Andr.Tiraq.de pœn. temper.caus.*51.*nu.*64.*Franc.Turzan.comm.opin.*160. cum hæc communis æquissimis nitatur fundamentis,nec ea à Mynsing. evertantur, *secundum ea quæ respondit Ernest.Cothman.cons.*2.*n.*241.*& seqq.*

292 *cons.*26.*nu.*187. Et certè † in specie pro vero hoc præsuppositum habetur, quod I.T.opimam dotem ab uxore accepit, imò ex alio municipio vel territorio veniens ad hanc uxorem suam F. concessit,& ædes uxoris inhabitare cœpit: ipsa verò non est ad illius traducta, ut ideò nõ tam ad propria bona venisse, *l. in rebus. C. de iur. dot.* quàm mansisse,& donationem propter nuptias ad se allatam,non alio,quàm hoc proprio jure suo possidere ac detinere voluisse videatur.

293 Possessio † autem itemq; detentio, uti compensandi, *Sebastian Medic. d.tract. de compens.part.*2. *quæst.*16.*nu.*5.*&* 6. ita multò magis retinendi, ius conferunt,cum ad securitatem suam quisque detinere credatur. *Jas.d.l.*1.*nu.*35.*in fin. & nu.*36.*in fin. ff.de acquir.poss.Sebastian.Med.d.quæst.*16.*num* 7.8.9. *Ernest.Cothm.cons.*39 *nu.* 394. *ubi num.*395.*& seqq.* subiicit,quamvis ius istud,inquit, retinendi dominium, cæterosque effectus possessionis non conferat (detentio) tamen retinendi (ita enim legendum est,ut ex allegato loco Jasonis palàm fit) securitatem præstat, præsertim adversus extraneos.*arg.l.fin.ff de acquir.poss.* uti hic D.B.A. extraneus est.

294 Deinde † quod uxor marito defuncto habeat ius retentionis in omnibus mariti bonis, ut ea pro dotibus aliisque suis rebus retineat magis in specie, seu terminis nostris, egregiè docuere Bald. *in l.pen.C.de pign. act. Bart. in l.filiosfam. ff.solut. matrim.* idemque responderunt Decius, *d. consil.* 232.*Fran.Burs.cons.*8.*n.*15.*Rol.à Vall.d.cons.*77.*n.*26 27.28.*vol.*1.*Hieron.Magon.d.decis.Lucens.*46.*nu.* 3. 4. 9.13. *Jas.in d. l. si non sortem. §. si centum,nu.* 19. *vers. ultra Dd.fallit quartò.* ubi ait; Fallit quartò (regula scil.de retentione) in muliere fauore dotis, *text. est secundum intellectum Bart. & aliorum. in l. si filiofam.in prin. ff.solut.matr. imò signanter tenet Bald. in l. pen. in princip. C. de non num. pecun. & in l.* 1. *C.de serv. pign. dat. manum. & in l. cum tibi. C. qui potiores in pign.* & licet Bald.non dicat melius,quam ratio Baldi,facit tamen *d. l. si filiosfam.* & hoc teneas benè menti: quia valdè quotidianum est. Hæc Jas. Idem asserit quoque Sebast. Medic. *de compensat. part.* 2. *d. qu.* 16.*num.*17. *in fin. vers. septimò, inquit, amplia.* (regulam scil. proximè præcedentem de retentione admittenda) favore dotis.*l. si filiosfam. ff.solut. matr. l. neq; ff. de compensat.*

295 Præterea † constat habere eam in omnibus mariti rebus tacitam hypothecam, non solum pro dote,*§. fuerat. Inst. de action. ibi Dd omnes.l. ubi l. in rel. C. de iur. dot. l. unic. §.* 1. *§. pen. C. de rei uxor. action. d. l. in assiduis. C. qui pot. in pign.* sed etiam pro rebus propter nuptias donatis, *l. si constante.* 19. *vers. iura etiam hypothecarum. C. de donat. ant. nupt. l. ubi adhuc. de iur. dot. gl. in d. l. assiduis. verb. suo tempore*: eamque sententiam, quia expressis nititur textibus, dicit communem & veritatem ipsam,Joh.Schneid. *in d. §. fuerat nu.* 35. *ubi in fin. & nu.* 36. Dyn. dissentientem, & *arg. d. §. fuerat.* asserentem pro hac donatione uxorem in bonis mariti hypothecam tacitam non habere,per verba, de dote sua, *in d. §. fuerat.* cum videatur Imp. Justinian.hoc jus restringere ibi ad solam dotem, egregiè refutat,ostendens Dynum falso verborũ intellectu deceptum esse: quia † Imperator ibi 296
non de hypotheca,sed de iure prælationis loquitur,cuius vi præfertur omnibus mariti creditoribus,etiam anteriorem hypothecam habentibus *d.§.fuerat.d l.assiduis.d.l. in rebus.* Hoc quidem jus ei datum non est, quo ad donationem propter nuptias: verum hypothecam tacitam, etiam pro hac donatione æque habet,ut pro dote, *per d.l. si constante.vers.iura etiam hypothecarum,* ut sine ordine iuxta temporis seriem cum cæteris creditoribus veniat,*iuxta l.uti.C. de iure dot. d. c. qui prior de reg iur.*6. Sic & pro rebus paraphernalibus, quas ad maritum præter dotem attulit, & maritus volente ea,vel invita,administravit, etsi careat iure illo prælationis, hypothecam tamen in bonis mariti ex legis dispositione habet. *l. fin. ibi Bart. Bal.Cyn.Cast.Salyc.& ali. C.de pa.l.conv.t.ã super dot. quam donat.& in l.ubi adhuc. in prin.verb extra dotem constitutis & ibidem gloss.in verb. interpositis. Joh. Sichard nu.*31.*C de iur dot.* ubi etiam Sichard. refutat Baldi opinionem à semetipso discrepantis, *in l. final. C qui pot in pign.* existimantis pro paraphernalibus hypothecam tacitam uxori non competere: male enim in eo Bald. sentire apertum est. *per d. l. fin. C. de pact. conven.tam super dot. ubi in vers. sin autem minimè*: Sin autem,inquit Imp. minime hoc (nempe, ut mulieri pro rebus paraphernalibus certa constituta sit hypotheca) scriptum (in dotali scil. instrumento) inveniatur, ex præsenti lege nostra habeat hypothecam contra res mariti,ex quo pecunias ille exegit, *& in d. l. ubi adhuc.* resque, inquit, idem Imperator, sibi suppositas pro dote, & ante nuptias donatione rebusq; extra dotem constitutis tenere. Quibus evidentissime error Baldi deprehenditur, qui tantum de prælationis beneficio, *secundum d. l. fin. C. qui pot. in pign.* loqui debebat, male hoc usque ad hypothecam ipsam extendit, &quod non minus pro paraphernalibus & à marito male administratis,quam etiam pro dote & donatione propter nuptias mulier habeat omnia mariti bona hypothecæ sibi obnoxia, ex communi calculo probat Joh. Schneidevv. *in d. §. fuerat. num.* 37. *Instit. de actionib.*

Quod si † ita est,uxori, defuncto marito,multo magis competit ius retentionis, qui actionem in rem hypothecariam, cum quolibet habitura esset, resque mariti avocaret a quocunque possessore etiam Dn. B. si sibi abessent, *per d. l. unic §.* 1. *& pen. C. de rei ux. act. d. §. fuerat. cum ibi not. d. l. fin. C. de pact. conven. tam dot. & d. l. ubi adhuc.* 297

d. l. si constante. vers. jura etiam hypothecarum. C. de donat. ante nupt. cum pignoris & hypothecæ persecutio in rem sit, §. item Serviana. Instit. de action. l. pignoris. 18. C. de pignor. l. pignoris. 17. ff. eod. cum ibi

298 annotat. Cui † enim actionem damus ad rem repetendam, multò magis damus retentionem, ut exceptione in factum, vel doli mali eam sibi defendat, l. per retentionem. C. de usur. Bald. ad l. 2. vers. nota hic, quod id, quod convalescit quantum ad agendum, &c. convalescit etiam quantum ad retinendum. C. de fideicommiss. & ad l. 2. C. de fideiuss. Corn. cons. 162. num. 16. volum. 2. Menoch. consil. 119. nu. 3. Pro quo inprimis facit regula juris. in l. invitus. 156. (vel ut in vulgarib. exemplarib. l. nemo invitus. 199.) §. 1. ff. de reg. iur. Cui damus, inquit, J C. actiones, eidem & exceptioné competere multò magis quis dixerit, cui accedit c. ad agendū. de reg. jur. 6.

299 Quinimò † facilius permittitur retentio, quàm petitio Hier. Cagnol. ad d. l. nemo invitus. §. 1. de reg. iur. num. 1 Tiber. Decian respon. 94. num. 29. volum. 3 per c. intell. x. mus. extr. de judic. juncto c. cum inter. ext. de except. Alex. in l. pre ibus. ibi gloss. ult. C. de impub.

300 & aliis subst. Decius cons. 298 num. 4. Et in † specie hoc ita se habere circa hypothecam, etiam generalem & tacitam patet, per l. 1. C. etiam ob chirogr. pe un. Bart. & alios in d. l. si non fortem. §. si centum. idque etiam respondendo tradidit Aymon Cravett. cons. 408 num. 17. nam habens, inquit, in re ratione hypothecæ, habet jus retinendi: idque ius retinendi opponi potest, etiam in executione sententiæ, quia sententiam non impugnat, idque in terminis dicit tradere Corn. dict. consi. 162. num. 16. volum. 2. & Bald. in l. 2. colum. 3. C. sent. resc. non poss. cui adde eundem Corn. cons. 61. num. 27. volum. 3. qui habenti jus etiam tacitæ, nedum expressæ hypothecæ, multis confirmat, etiam jus retinendi competere. per l grege. §. pignori. C. de pignorib. l. Iulianus. § offerri. ff. de action. empt l. 3. §. fin. ff. rer. amot. ubi hoc etiam ad rem depositam in ius hypothecæ cadentem extendit, cuius alioqui nulla retentio est, iuxta leg. penult. C. depos. Quod si hoc ita est in re adeò privilegiata in d leg. pen. quanto magis retentio propter hypothecę jus locum habebit, ubi eiusmodi res privilegiata non extat? imò ubi vidua ad rem quasi propriam suam venit? iuxta d. l. in rebus C. de iure dot. Et rursum Aymon Cravetta cons. 485. num 3. nemo, inquit, non concedit, jus retinendi competere propter hypothecam, utcunq; generalem, in quā sententiam Bart. Alex. Angel. & Gozadin. allegat, idemq; asserit consilio 493. n 4 vers. datur enim jus.

301 Nō obstat, † quod plerique, veluti Gail. d. obs. 25. num 10. Schneidew in d. § fuerat. Hugo Donell. ad d l. assiduis C qui pot. in pign. Franc. Ripa ad l. quæsitū. num 7. de privileg. credit Johan. Coras. ad l. qui liberos. num 118. de rit nuptiar. Negusan. de pignor. 4. memb. 2. part. num. 98. & quam plurimi alii cum Bulgaro in ea sunt opinione, eamque communem pronunciant, mulierem non præferri expressā anteriorem hypothecam habentibus, sed solūmodo tacita munitis, cum cæteris privilegio temporis tantum certare, ita ut qui inter creditorem expressam habentem, & inter mulierem tacita hypotheca vallatam, prior tempore est, potior quoque sit jure: Non inquam hoc obstat: primò, quia usu non est ista sententia recepta: & certè Gailii testimonium subdubiū est, Mynsingeri verò apertum, & præjudicia refert, ideoque plus fidei meretur, deinde, quia manifesta sunt verba d. l. assiduis, & Nov. 97. maximè, si cum l. in reb. 9 C. de iure dot. conjungatur & historia juris conferatur, uti evidenter Ant. Guiber. de dote, cap. 7. num. 5. & seqq. Marian. Socin. ad l. 1. n. 115. ff solut. matrim. Jason in l. qua dotis. in repet. & d. §. fuerat. nu. 27. nec non Mynsing in d. §. fuerat. n. 12. & seq. d. obs. 13. & d. respon. 15. ostendit post gloss. in d. l. assiduis. & multos alios ibi allegatos, quibus acutissimus vetustatis & veritatis indagator Jacob. Cujac. ad. d. Novell. 97. & in Mercat. libr. 3 cap. 14. accedit, multoque frequentiore calculo hæc recepta est sententia, & passim usu servatur, ubi evidens statutum vel consuetudo aliud non introduxit, eamque collegium nostrum amplissimum sæpissimè & respondendo & judicando secutum est. Deniq; etiā B. obligatio recentior est, & hypotheca huius fœminæ tempore eam longè vincit & antecedit, ut licet diversa opinio usu obtinuisset, hic tamen sileret, quia expressa hypotheca anterior nulla concurreret, sed longè posterior.

Non etiam obstat, quod statuto vel consuetudine possit recedi à jure communi, non solum eo, quod in d. tit. C ne ux pro mar. sed etiam, quod in d. l. ubi adhuc d. l. in rebus C. de iure dot d. l unic. §. 1. & pen. C. de rei ux actio. d. l. assiduis, C. qui pot. in pign. d. l fin. C de pact. conv. tam super dot. quam don propter nupt. constitutū extat. Primò † enim multi sunt, 302
qui summæ iniquitatis eiusmodi statutum vel consuetudinem accusant, ob id, quod publicè interfit, dotes aliasq; res mulieribus esse salvas, l. 2. ibi Dd. omnes ff. de jur. dot. l. 1. ibi similit. r gl. & Dd. omnes. ff. sol. matr. Ideoq; † aut irrita erit talis cō- 303
suetudo vel statutum, arg c. 3. & c fin. ext. de consue. aut certè quàm strictissimè debet interpretari, & ut ultra terminos in specie & exactè probatos non extendatur, l. quod non ratione 39. ibi Dd. & gl. ff. de legib. l. 2. C. quæ sit long consf. præsertim cū eiusmodi consuetudo, qua liceat marito dilapidatis & obæratis propriis bonis, uxoris quoq; bona liberè alienare & distrahere, non minus jure canonico, quam civili improbata & antiquata sit, in c. pen. extr de consuet. Deinde, ut supra quoq; in prima quæstione dictum fuit, eiusmodi consuetudinem F. vigere constanter negatur, & difficilimæ probationis foret. De statuto quoq; certi sunt, tale non extare: aut si extaret, usu non servari, ut ita moribus antiquatum vires non haberet, arg. l. 1 & l. 3. C. quæ sit long consuet. cum similibi Nisi ergo consuetudo prætensa talis doceatur, quæ in reprehensionem d. c. pen. & ult. nō incurrat, & quidem ita, ut per omnia ad hunc casum quadret, nihil obstare hæc objectio poterit: cum † non sufficiat aliquid allegare, nisi & pro- 304
betur, l. 4. §. docere. ff. vi bon. rapt. l. Fulcinius. §. cum hoc interdictum. ff. ex quib. caus. in possess. l. 1. §. quod autem ait. ff. ne quid in flum. publ. ibi Bart. per l. ab ea. ff. de probat. Aymon Crav. de antiq. temp. part. 1. §. quæritur etiam. n. 39. Joseph. Mascar. de probat. part. 3. concl. 1248. n. 9. n. 20. 21. imò viri boni non allegant, quod probare non possunt, c. p'erunq; 2. qu. 7. vel ut Joseph. Mascard. de probat. vol. 1. quæst. 1. nu. 9.

num.9. loquitur: boni viri eſt, tacere, quod probari non poteſt.

305 Secunda † obiectio conſiderabatur ac diſſolvebatur quoque in reſolutione primæ quæſtionis: Nam cum renunciationes ſtricti juris ſint, neque ultra expreſſa extendantur, præſertim, quando generalitas præmiſſa ab ipſis loquentib. interpretatur, ac reſtringitur, ut ibid. probatum eſt, Conſtat autem liquidè ex inſtrumento obligationis lit. B, quod E. ſe ad certum modum, certaq; beneficiorum genera coarctavit, quibus ut fideiuſſor, vel intercedens pro alio uti potuiſſet: non autem reperitur renunciaſſe privilegio dotis, donationis propter nuptias & paraphernalium, ut nec beneficio *d. auth. ſi qua mulier.* Eadem igitur hic reſpondemus, quæ ibi reſponſa ſunt, eademq; igitur hic repetimus,

Sic & tertiæ obiectionis infirmitas in reſolutione primæ quæſtionis oſtenſa eſt, quando ex inſtrumento obligationis oſtendebatur, nequaquam proprium geſſiſſe negotium, neq; in propria cauſa contraxiſſe, nec etiam, ut ſuũ eſſet negotium, obſtante juris regula, *in d. l. 2. ff. de reg. iur.* propter ſexus ac muneris conditionem efficere potuiſſe.

Sic etiam quartò eò loci oſtenſum eſt, nullam hic fiſci cauſam, præſertim talem, de qua *in d. leg. ſitu. C. in quib. cauſ pign. tac. contr. & d. l. utilitas. C. de primipil. lib. 12.* quæ hic repetere quid aliud eſſet, quam eandem crambem bis coquere?

306 Quinta † obiectio ſatis ſupra, *per leg fin. C. de pact. conv. tam ſuper dot. quam donat. d. l. ubi adhuc. C. de iure dot. Joh. Schneid. ad d. §. fuerat. n. 37. Inſt. de act. Joh. Sichard ad d. l. ubi adhuc. n. 31.* refutata, & error Baldi *in d. l. fin.* demonſtratus eſt: ſiquidem ſibi ipſi contrarius, *ad d. l. fin. C. de pact. conv. tam ſuper dot. quam donat.* non attendit, quoad prælationem aliud conſtitutũ eſſe, *in d. l. aſſiduis.* circa dotem, quam circa res paraphernales, ut & circa donationem propter nuptias: ac ibi nihil de privilegio hypothecæ tacitæ decerni. Neq; continuò ſocietas inita eſt, ſi uxor res ſuas marito permittat adminiſtrare, *per d. l. fin. C. de pact. conv. tam ſuper dot.*

307 Sextum † ſimiliter refutatum eſt in prima quæſtione: & quamvis aliqua talis fuiſſet ſocietas, quoad exercitium tabernæ vinariæ, ea tamẽ E. non obligaſſet, neq; privilegiis ſuis privaſſet, niſi quoad negotia tantum illa ad hanc tabernã pertinentia, ſeu quoad debita per tabernæ exercitium contracta, ut ex Gailio & aliis ibidẽ clarè probatum eſt. In cæteris ergo debitis à marito contractis, utetur nihilominus ſuis privilegiis & immunitatibus, præſertim cum actus agentiũ nõ oporteat operari ultra eorum intentionem, vulgatis textib.

Septima obiectio teſtimonio Coſtalii & Jaſonis, *ad d. l. ſi non ſortem. § ſi centum. n. 10.* non longè à fine tollitur, cuius verba ſupra recitata ſunt, quando teſtantur favore dotis, & ſic etiam favore donationis propter nuptias, rerumque paraphernalium, hunc caſum ab illa regula excipi. Pro qua exceptione plures allatæ ſunt rationes & autoritates, æquitatem eius approbãtes: Quæ cum etiam communi calculo approbata ſit, tantò minus ab ea erit recedendum.

Eodem modo tollitur octava obiectio. Nam etſi regulariter hoc ita eſt, ſecus tamen in cauſa dotis, donationis propter nuptias, & rerum paraphernalium, præſertim cum autoritate juris, mulier hoc jure retentionis gaudeat, *ut ſupra ex Jaſon. num. 10 & Coſtal. in d. l. ſi non ſortem. § ſi centũ. de condict. indeb. Bald. in d. leg pen. C. de pign. action. Rolan. d. conſ. 77. num. 26. & ſeqq. volum. 1. Sebaſt. Medic. & aliis probatum eſt. Idemq; reſpondet Mynſing. reſp. 61 num. 37.*

308 Poſtrema obiectio † hic ideò nihil viriũ habet, quod B. intentio non minus ſit illiquida, imò multò magis. Nam dos & donatio propter nuptias, pactis dotalibus in continenti doceri poſſunt, idque eo magis, cum ſit notorium, maritum ad ædes acceſſiſſe uxoris, non contra uxorem ad domum & lares mariti. Deinde, etſi in pleriſque compenſatio & retentio æquiparentur, & ſecundum quid retentio ſit quædam compenſatio, in multis tamen differunt, præſertim autem in eo, ut quamvis liquidi ad illiquidum non poſſit eſſe compenſatio, poſſit tamen eſſe retentio, imò propter illiquidum æquè illiquidi retentio detur, ut ſcil. liquidetur, *per leg. 1. C etiam ob chyrogr. pecun. d. l. per retentionem. C. de uſur.* Ideoque † Aymon Crav. *conſ. 893. num. 6. & 7. in fin.* 309
probat, retentionem, præſertim quæ jure hypothecæ, cum tacitæ, tum expreſſæ, ſit, eſſe magis privilegiatam, quam compenſatio, *per l. 2. C. de debit. pign. vendit. l. 1. C. de luit pign. d. l. 1. C. etiam ob chyrogr. pecun. l. ſi neceſſarias. §. 1. l ſi convenerit, ff. de pign. act.* Sufficit reverà debitum eſſe, cuius gratia res præſertim pignori vel hypothecæ obligata, retinetur, licet, de quantitate debiti nondum omninò conſtet, *ut ex Jaſ. d. num. 10. Bart. Petr. Coſtal. & aliis in d. l. ſi non ſortem. §. ſi centum. colligitur. per d. l. 1. C. etiam ob chirogr. pec. l ſi non inducta. ibi Bart. ff. in quib. cauſ. pign. tac. contrah. cum ſimilibus.*

Atq; hæc juri factoq; propoſito conſentanea eſſe cenſeo ego Joh. Gœddæus. J.U.D. *& Profeſſor in Academ. Marpurgenſi: idq; teſtor hac manu mea ſubſcriptione, & ſigillo ſubiecto. Quod factum eſt 22. Febr. Anno 1595.*

Consilium XXV.

Quod eſt

JOANNIS GOEDDÆI Juriſconſulti.

De ſucceſſione ex teſtamento deſtituto, ac Ciſtercienſiũ capacitate, nec non de ſtatuto monachos & moniales à ſucceſſione nonnihil arcente.

SUMMARIA.

1 *Fruſtrà de ſucceſſione ab inteſtato quæritur, ubi ex teſtamento heres eſt vel exſpectatur.*

2 *Hereditates deferuntur ſecundum voluntates teſtatorum, adeò ut circa defuncti voluntatem nec princeps quicquam mutare poſſit.*

3 *Non ſolum ex verbis, ſed & evidentibus conjecturis inſtitutio, eiusq; interpretatio elicienda eſt.*

4 *Sæpius geminata quid operentur: adde num. 41.*

5 *Verba testamenti uno loco dicta ad alterum quoq; testamenti caput pertinent: quomodo, vide numerum 45.*

6 *Causa conservationis testamenti publicam utilitatem respicit.*

7 *Pro validitate testamenti præsumitur, & judicandum est.*

8 *Mutatio voluntatis non præsumitur.*

9 *Etsi heredibus institutis ante testatorem defunctis liberi heredum successores ex testamento esse nō possint directo, hereditatem tamen per fideicommissū capere non videntur prohiberi.*

10 *Clausula codicillaris per verba futuri temporis quis effectus, adde num. 48.*

11 *Tacita institutio subsistit, quoties saltem ex verbis, quibus testator usus est, bona consequentia colligitur.*

12 *Ubi onus, ibi commodum, & econtrà.*

13 *Non est absurdum, testamentum à tacita substitutione, licet ea fideicommissaria sit, vires assumere.*

14 *Approbatio facit, ut testamentum sit validum, & quidem in omnibus, quod alias nullum, vel deficiens fuisset.*

15 *Conventiones ad unguem servandæ sunt.*

16 *Quod semel placuit, amplius displicere non debet.*

17 *Quoties datur hereditatem ex testamento aditam esse, necessariò iis incumbit, qui eam ab intestato petunt, neq; attenditur illud jus, quod ab intestato attendi solet.*

18 *Quando liberi suis parentibus substituti reperiuntur singularum familiarum nati singulis suis parentibus in dubio substituti intelliguntur.*

19 *Nemo ex testamento potest consequi hereditatem, nisi qui in eo heres est institutus.*

20 *In institutione diserta & restrictiva, aliisq; rebus claris & certis, nulla interpretatione opus est.*

21 *Verba tamen testatoris, quamvis sint aperta vel præcisa, juris interpretationem recipere: & quo modo.*

22 *Ex solis conjecturis nemo heres est, nisi omissio errore Notarii facta sit, aut confessione adversarii heres certificetur, vel ex verbis bona consequentia eliciatur.*

23 *Declaratio, quæ facto fit, fortior est ea, quæ fit verbis.*

24 *Quod bono & æquo caret, nullam rationem juris habere potest.*

25 *Quando ex bona consequentia institutio vel substitutio deducitur, illud legis, non hominis est conjecturantis.*

26 *Verba illa, ex quibus consequentia bona sumenda est, oportet circa ipsam institutionem dispositivè stare.*

27 *In dubio interpretatio ita facienda, ut evitetur fideicommissum, tanquam odiosum.*

28 *Discrepantes sunt de eo opiniones, an fideicōmissum favorabile, vel odiosum sit, quæ distinctione conciliantur.*

29 *Fideicommissum facti est, ideoq; probatione indiget.*

30 *In inquirendis & decidendis testamentorum controversiis, voluntas & mens testatoris summa lex est.*

31 *Inclusio unius est exclusio alterius, & omissum à testatore, manet sub dispositione juris communis.*

32 *Per naturam maiorem affectionem erga proximiores, quam remotiores habemus.*

33 *Non entis nullæ sunt qualitates.*

34 *Ad causam intestati hereditatis delatio pervenit, si nullus heres dari possit, qui ex testamento adiit, vel jure hereditatem adire potuit.*

35 *Testamenta primum à die mortis perfectionem sumunt, cum viventis hereditas nulla sit.*

36 *Paria sunt, scriptum heredem mortuum esse ante testatorem, & vivum defuncto testatore hereditatem repudiasse.*

37 *Non censetur heres ex testamento vocatus, qui tempore successionis non supervivit.*

38 *Qui testamento vocatus non est, nihil etiam ad suos eius transmittit, de quo in testamento est dispositum.*

39 *Mortuus frustrà heres instituitur.*

40 *Regula Catoniana quæ sit vis & efficacia.*

42 *Quomodo interpretatio in dispositione testatoris facienda.*

43 *Verba.* Hierundten benandte. Item / wie hernacher stehet / etc. *restrictiva sunt.*

44 *Per interpretationem fideicommissi non fit extensio casus ad casum, neq; personæ unius ad alteram.*

46 *Mortuo herede instituto ante defunctum, omne testamenti jus solvitur.*

47 *Si pater prætereat ignoranter posthumum, clausula codicillaris per verba futuri temporis testamentum illud in vim fideicommissi non sustinet, nisi pater multo post tempore vixerit.*

48 *De effectu clausulæ codicillaris, coniunge nu. 10.*

49 *Fideicommissum morte testatoris delatum ad heredes transmittitur, quod Bartol. improbat.*

50 *Hodie ab herede heredis legari, & fideicommitti potest.*

51 *Quod instrumentum non dicit, nec nostrum est dicere.*

52 *Heres heredis non potest videri in testamento scriptus, si ei usus corporeis in eo non legatur.*

53 *In dubio ea interpretatio accipienda, quæ rei subjectæ & juri magis convenit.*

54 *Venientes ab intestato non possunt se ex testamento heredes profiteri, sed se obstrictos ob clausulam codicillarem fatentur, ad id, ut onera legatorum & fideicommissorum præstent.*

55 *Partes non possunt pacto efficere, ut testamentum sit, quod iure testamentum non est.*

56 *Ut actus hominis valeat, requiritur voluntas, potentia & iustitia.*

57 *Potentia faciendi heredem testatori ex solo testamento data est.*

58 *Ubi disparitas facti & rationis est, etiam disparitas iuris sit oportet.*

59 *Pacta quæ ius publicum, ut est testamentum, concernunt, vel à iure communi, sive privato remota sunt, non valent.*

60 *Recensentur Doctores qui volunt, solos fratrum sororumque liberos in stirpes, non in capita succedere.*

61 *De cuius opinionis veritate, dubitatur, & contraria sententia iuri magis consona videtur.*

62 *Judicium testatoris quædam lex specialis est.*

63 *Jure canonico Cistercienses ordinis monachi rerum, possessionum, & sic etiam hereditatum & bonorum videntur incapaces.*

Sed contrà inf. num. 71. 72. 74. 76.

64 Do-

64 Dominorum hortari, imperare est.
65 Quod de monachis sancitum reperitur, id & in monialibus obtinet.
66 Clerici regulares hereditatum sunt capaces in communi, sed non in particulari.
67 Qui, quave professionem ordini fecerunt, jurejurando ad perfectam paupertatem obstricti obstrictave sunt.
68 Monachi pro mortuis, vel instar servorum aut deportatorum habentur.
69 Servi, deportati, exulis nulla hereditas est.
70 Monachi de jure adeo hereditatum sunt incapaces, ut nec liceat ipsis valorem hereditatum recipere.
71 Hac vero jura tantum de Franciscanis, fratribus minoribus, ex regula & constitutionibus simul paupertatem profitentibus, non etiam de aliis ordinibus loquuntur.
72 Reliqui ordines tantum paupertatem ex suis constitutionibus profitentur, & cum in communi habere possint, heredes fiunt tam ab intestato, quam ex testamento.
73 Quilibet hereditatis capax est, qui in specie non reperitur exceptus.
74 Cistercienses sunt de regula S. Benedicti; non mendicantium.
75 Monialibus S. Clara, etsi de ordine sint S. Francisci, tamen in communi possidere permissum est.
76 Explicatur c. recolentes extr. de stat. monach.
77 Oportet Doctorum dicta secundum allegata intelligere.
78 Quomodo monachi mundo moriantur.
79 Monachus non tantum aditam, sed & non aditam hereditatem modo delata sit, ad monasterium transmittit.
80 Statutum, quod contra libertatem Ecclesiasticam est, aut personas Ecclesiasticas à successione removet, & sic religionem impedit, ipso jure nullum est.
81 Ecclesiastica persona magistratui laico subjecta non est.
82 Ostenditur, quando censeatur statutum contra libertatem Ecclesiasticam.
83 Jus & potestas succedendi solius juris civilis est, & proinde à jure civili limitari, imo in totum tolli potest.
84 Eo ipso, quod homines à successione removentur, non protinus etiam retardantur ab ingressu religionis.
85 Statutum, quod Ecclesiasticas personas removet à jure succedendi, ad conservationem familiarum & agnationum spectat.
86 Absq; controversia statutum monialem à successione removens dotatam, aut non totaliter eam excludens, valet.
87 Statuta sunt stricti juris, nec extra casus expressos extendenda.
88 Fratrum prædefunctorum sororumq; prædefunctarum liberis cum patruo vel matertera sua ad hereditatem defuncti patrui vel defunctæ matertera venientibus, hereditas in stirpes dividenda est.
89 Numerus heredum ab intestato venientium, ex momento delationis est æstimandus.
90 Consuetudo contra libertatem Ecclesiasticam introducta judicis officio tolli debet.
91 Consuetudo, cum facti sit, probanda est ab eo, qui eam allegat.
92 Feudum & emphyteusis æquiparantur, & de pari procedunt.
93 Si quis emphyteusin simpliciter pro se, aut pro se & & filiis suis accepit, non succedunt una cum masculis etiam fœminæ.
94 Emphyteusis, quæ conjuncta manui mariti & uxoris, & sic tantum ad vitam recognoscentium datur, ad heredes non transit.
95 Verior est sententia tam fœminas, quam masculos, ad successionem rerum emphyteuticarum admitti, nisi consuetudo aut statutum aliud doceat, vel in pacto investitura diserte aliud cautū reperiatur.
96 Valde dubium est, si emphyteusis simpliciter, aut pro se & filiis accepta sit, an etiam fœmina ad successionem ejus admittenda sint? Affirmativa verior videtur.
97 Quoad fœminarum successionem feudum & emphyteusis ad paria judicantur.
98 Nullum verbum, imo ne syllaba quidem in dispositione vel contractu superflua esse debet.
99 Etsi regulariter fœmina in feudo non succedunt, tamen aliud obtinet, si feudum hoc pacto datum sit, ut etiam ad fœminas transeat, vel alias feudum fœmininum sit, aut statutum vel consuetudo eas etiam ad feudum invitet.
100 Heredes, etiam ab intestato venientes, licet testamentum sit destitutum, voluntatem defuncti sequi tenentur.
101 Ex sententia Cujacii, in feudo muliebri fœmina in pari gradu existentes, cum masculis pariter ad successionem admittuntur.
102 In pari causa paria jura desiderantur.
103 In hereditariis feudis absq; sexus differentia succeditur.
104 Jus quæsitum ut nemini per alterum auferri potest; sic nec feudum ex prima investitura quæsitum fœminis.
105 Quod semel placuit, amplius displicere non debet.
106 Fœmina etiam in feudo emptitio succedunt.
107 Judex regula juris inhærere debet, nisi diserte exceptio doceatur: alias sententia ejus nulla est.
108 Qui pro se regulam habet, fundatam intentionem habet.
109 Regula est, fœminas nunquam ad feudorum successionem admitti, si masculi extent.
110 Quod etiam verum est, etiamsi per copulam, &, Männliche vñ Weibliche Erben/ vel, Söhne vnd Töchter/ aut per æquipollentia, cum masculis fœmina in investitura essent conjuncta.
111 Item, si quis feudum pro se & heredibus utriusq; sexus acceperit.
112 Neq; minus in feudo fœmineo vero ac mero.
113 Casus excepti in casibus non exceptis regulam confirmant.
114 Casus, qui à prædicta regula excipiuntur, enarrantur.
115 Fœmina, quæ ultimo defuncto in collaterali linea cognata est, primo acquirenti cognata in linea descendenti esse potest.
116 Casus in privilegio vel statuto omissus sub juris communis dispositione remanet, & statutum tantum disponit, quantum loquitur.
117 In feudis testatoris omnis dispositio cessat.
118 Cujacii sententia reprobatur circa interpretationem c. 1. de feud. fœmin.
119 Communis Doctorum sententia est, in feudo hereditario

ditario fœminam non succedere, nisi id in investitura cautum sit, vel consuetudo habeat.

120 *Actus hominum ex jure interpretationem accipiunt, & contrahentes in dubio se secundum juris regulas conformasse creduntur.*

121 *Magis communis Doctorum opinio est, ne quidem in feudo emptitio fœminam regulariter succedere.*

122 *Argumentum à sensu contrario sumptum, quando probet.*

123 *Ea interpretatio capienda est, quæ non infert delictum, uti culpa est.*

124 *Etsi fœminæ in feudis non succedant, in feudorum tamen meliorationibus succedere non prohibentur.*

125 *Quomodo meliorationes, tanquam accessoria, cedant feudis, ut principali.*

126 *Certum est, feuda in collationem & compensationem venire, etiam quoad fœminas, si talia sint, ut una fœmina cum masculis ad successionem admittantur: at controversum valde, an idem obtineat, si fœmina feudi incapax sit.*

127 *Franc. Bursatus affirmat.*

128 *Legitima quid sit.*

129 *Bursato quodammodo subscribit etiam Henric. Rosenthal.*

130 *Licet feuda, quorum fœminæ capaces sunt, non sint ad extraneos transitoria, censentur tamen de corpore hereditatis esse, adeo ut etiam in petitionem fideicommissi veniant.*

131 *Verior opinio est, fœminam à feudo exclusam, etiam ab ejus pretio esse exclusam.*

132 *Quando pretium in locum rei succedat.*

133 *Si fœmina feudorum pretii capax esset, nullius aut minimi effectus esset, quod jura feudalia tam anxie masculos fœminis in successione prætulerunt.*

134 *Lex nulla frustra posita intelligitur, & quidem intelligi debet de casu magis dubitabili & in operatione fortiore.*

135 *Durum videtur, fœminam cum masculo pariter ad hereditatem vocari, nec tamen æqualiter admitti, aut pares partes ei attribui.*

136 *Fœmina existente masculo, feudi tantum in spe, non etiam in re, capax esse potest.*

137 *Quomodo feuda hereditaria in restitutionem fideicommissi & hereditatis legitimæq; computationem veniant.*

138 *Quoties quis circa bona defuncti quid facit, quod absq; jure & nomine heredis fieri non potest, hereditatem adiisse censetur.*

139 *Qui semel heres est, non potest desinere esse heres.*

140 *Si ab ingressis monasterium cessio cuidam fit, jus inde quæsitum monasterii est, adde num. 145.*

141 *Quando quis censeatur ingredi religionem.*

142 *Quid monachum monachamve faciat.*

143 *Dubium est inter interpretes, an bona morientis intra annum ante professionem monasterii sint, an vero heredum ab intestato venientium? illud frequentius convenit.*

144 *Etiam ante professionem conversi creduntur bonis suis renunciasse.*

146 *Nemo plus juris alteri cedere potest, quam ipse habet.*

147 *Adeo monialis à momento ipsius ingressus nihil proprii habet, ut etiam voluntatem suam voluntati Abbatissæ subjicere censeatur.*

148 *Minor neq; hereditatem aditam, neq; adeundam alteri renunciare vel alienare potest absq; decreto judicis, alioqui actus renunciationis ipso jure nullus est.*

149 *Præscriptio quinquennalis, de qua in l.fin.C.si major fact.alien. non currit, si protestatio interposita sit.*

150 *Possunt monachus & monacha, instar servorum ex domini voluntate stipulantium, ex permissu superioris aliquid quasi proprium habere, & contrahere.*

151 *Subscribenti, & sigillo suo corroboranti contractum, qui ipso invito fieri potest, non tantum subscriptio & sigillatio, sed sola dissimulatio etiam nocet.*

152 *Juramentum, quod absq; dispendio æternæ salutis servari potest, servandum est, etsi negotium vel contractus nullus sit.*

153 *Actus, qui à moniali interventu Abbatissæ & superioris est celebratus, non caret autoritate magistratus.*

154 *Non est locus juri accrescendi, nisi in portionibus deficientibus.*

155 *Qui re & verbis conjuncti sunt, potiores sunt iis, qui tantum sunt conjuncti verbis.*

156 *Jus accrescendi præ cæteris habet, in cujus favorem renunciatio facta est.*

Facti species, quæ ad consultandum hac vice proponitur, ejusmodi est:

G. K. vir nobilis, & D.S. nobilissimi olim conjuges, liberos habuerunt quatuor, H.A.S. & A. die K. A. natu major filia in matrimonium data est C.V.P. præsidi provinciali sive satrapæ in S. S. nupsit W.V.N. præsidi in N. Dos utriq; competens data est. A. vero natu minima monasterium K. ordinis Cisterciensis in Comitatu Marchiæ Westphalicæ ingressa, professionem votumq; paupertatis, castitatis & obedientiæ fecit, quod usq; ad finem vitæ suæ pro virili observavit. Posthæc G. K. ex hac vita discessit. Filius ejus H. K. consensu matris suæ D. nobilissimæ fœminæ, ac de consilio necessariorum suorum uxorem duxit S. V. N. certis interpositis pactis dotalibus, quibus etiam hoc cavebatur, ut salvo usufructu matris utraq; castra G. & G. in patrimonium H. Sponsi cederent, prout pacta illa, quorum portio aliqua hic subjicietur, sub lit. A. latius ostendunt. G. autem feudum est, quod in dotem marito suo prædicta D. S. attulit: estq; recognoscendum ab Illustrissimo Principe Clivensi, Juliacensi, Bergensi, uti Comite Marchię, &c. G. autem feudum erat H. paternũ, recognoscendum à Comite Lymburgensi G. eo tempore, quo H. K. prædictam S. V. N. in uxorẽ duxit, domus erat exigua, ex ligno & cemento constructa, ac carie prope confecta. Quã pristinam domũ, constante hoc suo matrimo-

trimo-

trimonio, destruxit H. splendido & magnifico ædificio restituto, additis horreis, stabulis, cæterisq; necessariis receptaculis, ac insuper etiam bene munivit. Nullam autē prolem ex hac uxore sua S. V. N. suscepit. Quam ob causam mortua jamdudū matre sua D. S. anno 1560. testamentum condidit, in quo præter cætera illa continētur, quæ sub lit. B. ad calcē hujus enarrationis scripta reperiuntur. Ex iis liquet, heredes instituisse utrasque sorores suas A. C. V. P. & S. W. V. N. nuptas, legato certæ quantitatis usufructu seu annuo ad dies vitæ A. sorori suæ, quæ perpetuæ virginitati in K. dicata erat. At vero, vivo testatore fratre, utræq; sorores heredes institutæ A. & S. ex hac vita ad cœlestem gloriam migrant. Ipse vero testator ne in minimo quidem mutato testamēto per annos octodecim totos superstes mansit, ac tandē hoc annorū spatio ex hac vita discessit, relictis post se conjuge sua S. V. N. A. K. sorore virgine vestali in K. necnon nepotibus neptibusq; ex utrisque sororibus A. & S. prædefunctis. Post mariti obitū vidua ejus S. V. N. testamentum, in quo ei multa & magnifica legata erant adscripta, in authentica forma ab omnibus partibus illæsum & integrū produxit ac publicari curavit. Cognati defuncti transactione cum vidua inita condixerunt, testamentum in omnibus suis partibus & clausulis se acceptare, promittētes, ea se omnia servaturos & exsecuturos; simulq; se tum suo, tum uxorū suarum nomine heredes esse, hereditatemq; adire cōnati sunt, prout ea, quæ ex his pactis delibata sunt, & infra sub lit. C. recitantur, testantur. A K. monialis in K. in his omnib. acquievit, contenta legato sibi à fratre relicto. Ex A. K. C. V. P. superstites tū temporis cum testator moreretur, habebat H. V. P. filium & tres filias. Nam C. filia ejus quarta, quæ I. V. R. elocata erat, jamdudum, vivo testatore, defuncta erat, relictis aliquot liberis, quorum nomine I. V. R protestatus est contra P. & N. ut sub lit. C. videre est.

W. V. N. ex S. eo tempore in manu ac potestate sua habebat duos filios, G. V. N. præsidem provinciæ in N. post obitū patris factū, & V. ordinis Teutonici militem creatum, nec non sex filias omnes tum temporis in seculo constitutas. Volmarus per mutuam donationem omne jus suum, quod in avunculi sui H. K. hereditate haberet vel habere posset, fratri cessit, ac miles prædicti ordinis factus castra secutus est. Duæ ex prædictis sex sororibus V. N. nempe A. & C. paulo post prædictum monasteriū K. ingressæ sunt. Mox post ingressum, assumpto habitu, priusquam votū professæ essent, de consensu ac voluntate Abbatissæ suæ renunciaverunt, omnibus suis juribus ex hereditate avunculi sui ad se pertinentibus, uti sub litera E. descriptum est. Præstito autem voto conatæ sunt hanc renunciationem & cessionem revocare, ut ex tenore lit. F. colligitur.

Convenit autē ante W. inter coheredes, ut H. V. P. castrum G. cum pertinentibus aliis feudis, G. V. N. castrū G. cum ejus co- & adhærentibus à directis Dominis cōmunibus sumptibus ad omniū coheredum commodum, sineq; præjudicio cujusquam in feudū acciperent ac recognoscerent, uti latius ex eo patet, quod sub lit. G. adscriptū est, testatumq; facit Illustriss. Princeps, Dn. W. Princeps C. &c. in prima investitura H. V. P. concessa. Sed & H. ejusdem syngrapha extat, qua idem coheredibus suis promisit, ut lit. H. videre est. Feuda igitur utrique acceperunt cōmuni nomine, communibusq; in hoc ab omnibus coheredibus in mediū concessis expensis. Postea in vivis quoq; desiit, esse hic H. V. P. relicto filio C. D. Hujus tutores feudorū istorum ab H. communi nomine acceptorum renovationem ad solum pupilli sui usum & utilitatem fieri petiverunt & obtinuerunt clam coheredibus cæteris, tametsi verum quoq; sit, quod post obitū Illustrissimi Principis Clivensis Domini Wilhelmi, C. D. V. P. nullam investituræ renovationem petiit, sed eum D. V. O. provincialis præses in A. veluti unus ex coheredibus K. super castro G. obtinuit, sicut tenor investituræ testatur.

Tandem anno proximo 1602. 18. Augusti vidua K. S. V. N. diem suū obiit, cujus frater heres institutus W. V. N. hereditatem adiit & occupavit, ita ut cum eo tractandum esset de bonorum separatione, præstationeq; eorū, quæ S. tam ex pactis dotalib. & testamento, quā T. transactione, anno 78. facta, ut est sub lit. C. designata, debebantur. At hanc tractationem cum cæteris coheredibus absq; solenni protestatione C. D. H. V. P. filius aggredi noluit, neq; se cum coheredibus conjungere, priusquam consentirent in prędictam protestationem, salvo cujusq; jure, uti copia sub lit. N. docet. Post multam

tam autem & variam tractationem causa tandem inter heredes K. & S. feliciter composita est, cujus tenor etiã pro majore instructione transmissus insertionẽ non habuit necessariam, ut quæ præsentem consultationẽ propriè non attingit, nisi in eo, quod cum meliorationibus in feudũ G. ejusq; ædificationẽm & amplificationem omnes coheredes heredi viduæ S. V. N. compensaverunt fructus à vidua perceptos, quos ob non præstitam cautionẽ usufructuariam coheredes repetere ab ea ejusq; herede potuissent, ut est videre sub lit. P. Hac autem lite cum Dn. W. V. N. composita, superest quęstio occasione prædictæ protestationis, nata de hereditate K. quo jure ea ad C. D. V. N. ejusq; consortes, nec nõ G. & V. V. N. eorumq; sorores pertineat, ac quomodò inter hos coheredes dividi debeat? Horum itaq; coheredũ numero continetur etiam D. O provinciæ A. præses, qui tam à parte P. quam etiam N. Dominus, & sic summatim quatuor quotas optimo jure bonisq; conditionibus consecutus est. Nam cum A. & S. heredes testamentum ratum habuerint, C. D. à P. in ea opinione est, successionẽ hanc esse testamentariam, ac quamvis ab intestato delata esset, non tamẽ in capita, sed in stirpes hereditatẽ esse dividendam; quia eo tempore, quo testator destituto testamento decessit, soror ejus A. vestalis virgo in monasterio K. in medio adhuc erat & superstes. Contra alii utrumq; negant, cõtendentes ad causam intestati reductam esse hanc hereditatẽ, ob id, quod neutra instituta heres tempore mortis superstes fuit. Vivo enim testatore decessere utręque, ut sic destitutũ ab herede testamentum fuerit. Sed nec A. K. virginem vestalem attendendam, ut quæ nõ tantum in ordine Cistericiensi bonorũ ac successionum incapax tum temporis fuerit, sed etiã privilegio seu potius statuto comitatus Marchiæ Westphalicæ, infra sub lit. Q. & S. penitus exclusa & pro mortua reputata seu incapax facta. Quin & de successione in rebus feudalibus atq; emphyteuticis, quas arbitror vocari in hac facti specie Behandungsgüter / cõtrovertitur, utrũ in iis soli masculi exclusis fœminis, an vero una cum masculis fœminæ succedant? & si quæ ejus generis sunt alia. Quæ ut per viam compromissi quãdam, de qua testatur documentum sub lit. R. transmissum, decidantur, placuit. Ut vero hæ partes cõtrovertentes habeant, in quo pedẽ figant, vel potius à controversia discedant, aut visa juris ratione sponte componant, responsum juris per discursum de his quæstionib. petitur. Quęritur enim: Primo, utrum hęc hereditas ex testamẽto, an vero ab intestato ad heredes cõtrovertentes sit delata? Secundo, si ab intestato sit, utrũ in capita vel in stirpes ea fiet? Tertio, an una cum masculis succedant etiam fœminæ in bonis feudalibus & emphyteuticariis, an vero soli masculi? Quarto, quid si soli masculi in feudis succedent, an hæc præcipua habebunt, vel compensabunt fœminis? Quinto, utrũ A. & C. V. N. capaces sint maserintq; hujus hereditatis post ingressum religionis, factamq; professionem? Et utrum earũ portiones ad monasteriũ pertineant jure ususfructus aut proprietatis propter statutũ Marchiæ Comitatus? Sexto & ultimo, si harũ portio deficiat, utrum ea accrescat solis earum fratribus ac sororibus, an vero omnibus omnino heredibus K?

RESOLUTIO PRIMÆ QUÆSTIONIS.

DILIGENTER omnibus consideratis, haud
inepte videtur statui posse, hanc hereditatẽ
ad H. V. P. G. & V. V. N. eorundemq; sorores, A.
& S. sororũ der K. filios filiasq; non ab intestato,
sed ex testamento pervenisse. Frustra † enim de 1
successione ab intestato quæritur, ubi ex testamento
heres est, vel exspectatur, *l. quamdiu 39. ff.
de acquir. hered. l. quamdiu 89. ubi gloss Dec. Stur Z. Cagnol. ff. de reg. jur. l. quamdiu. C. qui admit ad bon possess.
Camill. Borrell. Olevit. consil. 37 n. 1.* Deferuntur † e 2
nim hereditates secundum voluntates testatorũ, *l. 1. C. de sacros. Eccles. §. disponat. Novel. 22. de nupt. l. conditionibus ff. de cond. & dem.* Ideoq; quamdiu est & durat hæc voluntas, alius, quam quẽ testator voluit, heres fieri nõ debet, *d. l. quamdiu. d. l. 1. C. de sacros. Eccles. l. 1. ubi Phil. Corne.* cum ne princeps quidem quidquam mutare possit circa defuncti voluntatem, *Mich. Graff lib. 2. recept. sent. lib. 1. §. 1. nu. 8. Menoch. consil. 20. n. 1.* quia juris gentium sit, *Bart. in l. interdum. ff. de condict. indeb. Menoch. d. consil. 20. n. 2.* Esse autem hos ex testamento heredes, varie demonstrabitur. Institutæ enim sunt matres eorũ proximæ testatoris consanguineæ, nempe sorores germanæ & unice dilectæ, quæ hoc jus suũ ad liberos suos trãsmisisse videri possunt, ut ex earũ personis ipsi adeant ex testamento hereditatem, *l. unic. C. de his qui ante apert. tab. hered. transmit. l. cum in antiquioribus. 19. versic. eam deliberationem & in omnes successores, sive cognatos, sive extraneos duximus esse protelandam. versic. ideoq; C. de jur. delib.*

Deinde † cum non solũ ex verbis, sed & con 3
jecturis evidentibus seu concludentibus elicienda sit heredũ institutio, institutionisq; interpretatio, argum. eorum, quæ respondit Mandell. *consil. 31. num. 9. vol. 1. Paul. Paris. consil. 66. num. 12. vol. 3. Philip. Corneus consil. 101. num. 4. vol. 4. consil. 5. num. 35.*

num.35.vol.3 Dec.consil.242.in fin. Aym.Cravet.consil.
62.nu.6. Thob.Nonius.consil.31.nu.13.consil.32.nu.9.
Camill Borrell consil.3.n um 22.hos ipsos ex sorori-
bus nepotes instituisse testator videtur, quando
passim cum matribus filios filiasq; cōjungit hoc
modo: Meine liebe Schwestern vnd jhre Erben:
veluti in §. Vnd damit dieser mein Will. versic.
Vnnd folgends meinen lieben Schwestern hier
vnter (nempe in heredis institutione) geschrie-
ben/vnd jhren Erben. versic. So auch der armen
einich. verb. Vnnd folgends meine liebe Schwe-
stern/oder jhre Erben. §. Wann auch an der Be-
klagter. versic. Soll jhnen durch meine Schwe-
stern nachbenannt/vnd jren Erben zum besten/rc.
§. Imfall auch die drey tausent/rc. versic. Sollen
meine Schwestern oder jhre Erben dieselbige alle-
wege/rc. §. So viel nun. versic. Welche vffsicht.
verb. Alßdann von beyden meinen Schwestern
vntengeschrieben/oder jhren Erben das Hauß G.
rc. §. Daneben soll vnd mag. versic. Doch soll ge-
dachte/rc. verb. durch nachbenañte meine Schwe-
stern/oder derselben Erben/rc. § Dieweil aber das
Hauß G. rc. vers. Imfall ich ohn Leibs Erben/rc.
verb. daß alßdann meine Schwestern vntenge-
schrieben / oder jhre Erben/rc. § Imfall aber mei-
ne successores oder jre Erben/rc. §. Wañ aber der
Allmächtige Gott/rc. verb. sollen gedachte meine
Schwestern oder jhre Erben. verb. doch mögen
meine Schwestern oder jhre Erben / rc. Quæ o-
mnia institutionem antecedunt, & evidens indi-
cium faciunt, testatoré voluisse non tantū sorores
sibi heredes fieri, sed & ipsarū heredes liberos.

Quod evidentius ex eo etiam elicitur, quod
& post institutionem heredum hac formula uti-
tur testator. in §. Folgends nachdem ich in diesem
meinem Testament / rc. versic. Dieweil dann in
demselbigen Heiligsbrieffe/ rc. verb. sollen meine
Schwestern/oder jre Erben vielbemelter/rc. Quæ
4 sæpius † facta geminatio præcisam & enixam vo-
luntatem arguit, *Bald.in l.cum scimus.C.de agricol.&*
censit lib.11. & in l.Balista. ff.ad Senatusc.Trebell. Joan.
Anto.Lanar.consil 22.nu.5. Menoch.consil.10.nu.1.Jas.
ad l.si quis in conscribendo.C.de pact.Mynsi.resp 18 n.41.
& 42.resp.57.n 13.cent.1. & ampliat effectū dispo-
sitionis Bald.*in l.fructibus. C.de act.empt.* vimq; spe-
cialis expressionis habet, *Corset.in tract.de verb.ge-*
min.Paul Paris.consil.9.nu.20 vol.3 Sylvan.consil.95.
n.17. & facit, ut sub dispositione comprehendan-
tur, quę alioquin sub eam alias nō caderent, *Nat-*
ta consil.63 n.12. Ruin.consil 98.n.12 usq; ad n.29.lib.
2.M.Anto.Peregrin.de fidei com.artic.49.n.28. etiamsi
sint dissimilia, & expressis majora, *Cravett.consil.*
290.n.4.Joan.Borcholt.consil.31. in resolut.5. quæstio.
versic.sed comprehendunt omnia etiam dissimilia,&c.
5 Atq; † etiam testamenti verba uno loco dicta
ad alterū quoq; testamenti caput pertinent, *l.La-*
beo.7.de supellect leg.l.legatorum.§.1.ff.de legat.2. l.Ti-
tia.§.1.de verb.oblig. & tum ex antecedentibus, *l.Ga-*
jo Sejo.ff.de adim.legat Jac. *Menoch.d.consil.10.nu.2.per*
l.qui filiabus. ubi Jas. *ff.de legat.1.* tum consequenti-
bus mens testatoris elicitur, *l.quæsitum.§.1.de legat.*
3.l.si cum fundum.126.de verb.sign. Nicol.Cisner.ad l.5.
n.7.ff.de transact. Wesemb.consil.15.n.66.& prius di-
cta in sequentibus repetita intelliguntur, *§.illud*
*palam est Instit.de leg.Aquil.*maxime in connexis, in
quibus facilime unius interpretatio ex altero da-
tur, *l.mariti §.hoc quinquenniū.ff.ad leg.Jul.de adult.l.*
si ita stipulatus.126. §.Chrysogonus. ff.de verb. oblig. ubi
Doctor. Henric.Schilbock in d.§.illud palam est. Instit.de
leg Aquil.

Causa † itaq; conservationis testamenti respi- 6
cit publicam utilitatem, *Rol à Vall.consil.81.nu.43.*
vol.1.per l.vel negare.ff.quemad.testam.aper & glos.in l.
Gallus.verb.quod si is.ff.de liber.& posthum.Paris.consil.
32.n.29.vol.2.facit l.1.ubi Doctor. C.de sacros.Eccles. Id-
eoq; † pro validitate testamenti præsumitur, ju- 7
dicandumq; est, *Vinc.Honded.consil.77.nu.55.vol.1.*
maxime pro his, quæ in eo scripta leguntur, *arg.l.*
fin. C.de edict D.Adriani toll. l.si post divisionem. ubi gl.
& Bart.nu.5. C.de jur.& fact.ignor. cum † mutatio 8
voluntatis non præsumatur, *c.majores.in fin extr.de*
baptism.l.3. §.in amittendo. ff.de acquir.poss. Bertrand.
consil.39.nu.11. vol.2. Rol.à Vall consil. 77.nu.32.vol.1.
Quinimo defunctis jam dudum sororibus no-
minatim institutis, per multos annos testator su-
pervixit, nec tamen mutavit institutionem, vel
quidquam aliud circa testamentum. Ex † quo e- 9
videns promanat præsumptio, quod testamentū
illud eo modo, quo factū est, tutum esse, & cum
eo decedere, sibiq; sororum prædefunctarum li-
beros heredes ex eo fieri successores voluit, ut li-
cet jure directo esse nō possint, in vim fideicom-
missi tamen institutio resolvatur in personis fi-
liorum, filiarumq; institutarum heredum præ-
defunctarum, *per ea.quæ respondit Roland.à Vall.con-*
sil.7 n.13 & 14.vol 4.arg.l.athleta. §.dat remissionem.
*versic.nisi prius ff.de excusat.tutor.*ubi docetur, quod
si testator potuit mutare testamentum, & non
mutavit, videtur remisisse injuriam, quæ sibi fa-
cta sit post testamentum conditum: *idemq; vult*
gloss.in l.tractabatur.verb.nihil.ff.de testam.milit. ubi,
qui potuit mutare testamentum, & non muta-
vit, videtur illud approbare, teste Paulo de Castr.
in l.1. C.de posthum. hered. instit. Pari modo hic e-
tiam, cum non mutaverit, qui potuit, sciens de-
cessisse sorores, videtur approbasse in hoc, ut qui
alias ex hoc testamento heredes facti non fuis-
sent, nunc fiant, si non jure directo, saltem per
fideicommissum.

Habet præterea hoc testamentū apertam clau-
sulam codicillarem, & quidem per verba futuri
temporis conceptam in §. darumb darmit ich/rc.
vers. vnd ob solches nicht Krafft hette / oder haben
möchte/ als ein testamentum, so wil ich doch/daß
es Macht/Krafft vnd Bestandt habe/als ein Co-
dicill/vnd ein jeder ander bestendiger Will/rc. Quę
verba, oder haben möchten/ futuri temporis esse,
nemini linguę nostræ vernaculæ perito ignotum
esse potest. At † clausula codicillaris per verba 10
futuri temporis adjecta facit, ut testamentum et-
iam quoad institutionem jure fideicommissi va-
leat, & ea, quæ testamento etiam directo disposi-
ta sunt, præstanda sint ab heredibus ab intestato
venientibus, perinde ac si instituti ac rogati es-
sent illa restituere, uti late prosequitur Roland.
à Valle *d.consil.7.nu.17.18.& seqq vol.4.*addita hac
evidenti ratione, quod testator apponens hanc
clausulam per verba futuri temporis creditur co-
gitasse de omni casu, qui se vivo vel mortuo eve-
nire possit, quo testamentum irritum fiat, aut ex-
itu suo careat: cui accedit Fabius Turett. *in tract.*
de effect. & defect. clausula codicill. quæst.2.n.2.quæst.3.
qui

qui & *quæst.40.num.1.2.3. ut & d.quæst.2.num.2.& quæst.41.* multis autoritatibus & rationibus, ac inprimis facit *l.qui autem.ff.si quis omissa causa testam. l.si quis omissa.ff.eod.l.eam,qua in.C.de fideicommiss.ubi Bart.* qui & *ad l.1.de jure codicill.* comprobat differentiam esse maximam, an clausula codicillaris concepta sit per verba temporis præsentis vel futuri, ejusq; differentiæ effectus quamplures passim adducit, inter quos & hic est, quem modo indicavimus. Imo vero clausula codicillaris per verba futuri temporis concepta operatur transmissionem hereditatis fideicommissariam, si heres institutus ante testatorem moriatur, ut est magis recepta & communis opinio, *uti testatur post Capyt.decis.89.in fin.Paris.consil.18.num.3.volum.3.Anton.Natta consil.483.num.17.Simon de Prat.de interp.ult.volunt.lib.1.solut.11.num.10.in fin.Joan.Pet.Surd.consil.230.num.11.& 12. Ant.Thessau.decis.Pedemont.141.num.17.Fabius Turettus in d.tract.at.de effectu & defectu. clausi.codicill. quæst.47.num.6. ubi num.7.ex Jason. Alexand. Socin. & Dec.consil.478 num.5. in fin.* de communi concludit, fideicommissum transmitti ad heredes, si fideicommissarius decedat ante heredem: quia codicillorum jus singulare est, ut quæcunque in his scribuntur, perinde habeantur, ac si in testamento scripta essent. Igitur & clausula codicillaris facit, ut testamentum similitudinem codicillorũ accipiat, in eum casum, quo jure testamenti valere, aut vires habere non potest.

11 Sed † & tacita institutio viribus subsistit, si modo ex verbis, quibus testator usus est, bona consequentia colligatur, *Joan.Dauth.de testam. ubi de instit. hered. num.333. prope ad fin. versic.declara hoc requisitum secutus Dominic.de M.gd.de numero testium in testam.requis.part.1. ampl.12 cap.15.* Substitutio autem est species institutionis, *l.1.l.2.ff.de vulg.& pupill.substitut. §.1. ubi Doctores Instit. eod. l.1. de hered. instit. ubi Doctor.* ut quod de genere verum est, sit & de specie verum censendum, cum totũ, quod generis est, speciem ingrediatur, & generalis provisio porrigatur etiam ad casum, specialiter notandum, *l. si servus communis. ff. de serv. stipulat.*

Quid igitur vetat dicere, testatorem nepotes & neptes ex sororibus institutis eisdem tacite substituisse? Id enim & verba testamenti supra recitata arguunt, & evidenter ex eo patet, quod eosdem in omnibus supra relatis clausulis iisdem oneribus onerat, quibus Annam & Sophiam,

12 quas nominatim instituit: ubi † autem onus, ibi commodum; *l.secundum naturam. ff.de regul.jur.* ut quem non honoro, nec onerare possim, & quem onero, honorare etiam velim, *Joan. Lusius Hispan.in c.per vestras.extr.de donat.inter vir.& uxor. Andr.Gayl.observat.pract.119.num.2. versic.Aetiologia est,& c.lib.2. per text. in l.ab eo. C.de fideicom & l.1.§. sciendum.ff.de legat.3.* Sic itaque bona consequentia ex verbis, quibus testator usus est, hæc substitutio deducitur.

13 Neque † absurdum est, posse testamentum etiam à substitutione tacita, *l.3.§.fin.de liber.& posthum.hered.instit.l.ex facto. §.Lucius.ff.de vulgar.& pupill.substit. Anton.Natta consil.247.num.3.volum.2. Frider.Scot.consil.3.num.9.lib.3.tom.1.* licet ea fideicommissaria sit tacita, vel in tacitam fideicommissariam resolvatur, vires assumere, *Camill.Borrell.consil.36.num.15. post gloss.in l.penult. ff.de vent.inspic. Bald.in l.precibus. C.de impub. & aliis substit. & in l.unic.§.pro secundo.C.de caduc.toll. Joan.Cephal.consil.450.num.22.vol.3.Capella Tholoss.decis.390.*

Anno itemq; 1578. per interpositam conventionem H. V. P. G. & V. V. N. eorumq; sorores hoc testamentum approbasse, atq; ita ex eo hereditatem adiisse videntur, ut colligitur ex recessu sub litera C. transmisso. Quæ † sane approbatio 14
hunc effectum operatur, ut validum illud testamentum censeatur, quod alias nullum fuisset, *Jacob.Mandell.de Alba.consil 17.num.1.2.3.4.& seqq. Menoch.consil.67.nu.34.vol.1.per l.si pars.§.fin.ff.de inoffic.testam. l.post legatum.ubi Doctores communiter.ff.de his quib.ut indign.* cui deficiens testamentum haud inconcinne æquiparamus, *argum. §.1. Instit.de hered. quæ ab intestat.defer. l.intestatus. 64. ubi Doctor.ff. de verb.& rer.signif.* Quod adeo verum est, ut, qui testamentum illud approbaverit respectu legati, censeatur illud in omnibus approbasse, *Tiber.Decian.resp.2.nu.80.vol.2. Vinc.Honded.d.consil.67.nu.35.* ita ut ei amplius contravenire non liceat, *d.l.si pars.§.fin. d.l.post legatum.ubi Doctor. Nevizan.consil.24.num.15.& 16.* Sed † & hoc translatitium est, 15
conventiones esse servandas, *l.7. §. ait prætor.ff. de pact.l.1.de constit.pecu.* & quidem ad amussim & ad unguem, *Menoch.consil.35.nu.1.& 16.* Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare? *l.1.ff de pact.* adeo ut ad servandum Ecclesiastica censura promittentes compelli & possint, & debeant, *c.1.ext.de pact. Menoch.consil.93.num.29.* etiam de successione facta, *c.quamvis.de pact.in 6.Hottom.consil.72.num.34.& 35.* maxime si ea delata sit, *Tib.Decian.resp.21.nu.53.vol.2. Mich Graff.d.lib.1 §.1.num.17.& §.successio. quæst.9.num.17.per l.1.C.de pact.*

Convenit autem inter eos anno 78. idq; agnatis, amicis, & familiaribus suis promiserunt, hoc testamentum in omnibus & singulis suis partibus se servare & exsequi velle, prout verba Recessus litera C. 6. Das gerürte Erbgenahmen/ etc. testantur illic: Das fürbracht Testament zu allen Theilen wircklich angenommen / vnnd von jhnen genßlich gehalten vnd vollenzogen werden soll/ habens auch (nempe testamentum) acceptirt vnnd angenommen. Quod † igitur semel inter cohe- 16
redes placuit, nempe quod ex testamento illo heredes esse vellent, idq; in omnibus suis partibus servare, amplius displicere non debet, *l.sicut. de oblig.& actio. l.in rebus. §.sicut.ff.commodat.d.c.1.de pact. d.l.1.eod. d.l.1 de constit.pecun.* neque mutanda sunt, quæ jam certam interpretationem & observantiam acceperunt, *Paul.Paris.consil.16.num.11.volum.1.per l.minime.ff. de legib.Roland.à Valle consil.80.num.50.vol.3.* Cujus † investigationis hic 17
fructus est, ut, quod si ex testamento hæc successio adita esse detur, ii, qui eam ab intestato petent, succumbere debeant, nec obtinere possint, *secundum Robert. Marant. in l.is potest.num.191. ff. de acquir. hered.ad finem speculi sui aurei. Roland. à Valle consil.52.num.12. vol 3.* neque divisio hereditatis fiet pro numero harum personarum, quæ tempore mortis fuere proximæ, nec attendetur id, quod ab intestato attendi solet circa concursum fratrum sororumq; defuncti cum prædefuncto-

functorum fratrum sororumq; filiis filiabusque, *juxta cap.3. Novell.118. de heredib. ab intest. venient. collat.9.* neque proximiores excludent remotiores, sed I.V.R. liberi ex C.P. æquè admittendi forent, ita ut tota hereditas dividenda fuerit in duas summas partes: una erit eorum, qui ex A. nati sunt: altera illorum, qui ex S. oriundi, neq; potest A. virgo Vestalis esse in consideratione, quando neque directò neq; obliquè heres instituta reperiatur, sed legatum ei relictum, in quo etiam acquievisse dicitur. Non enim succederet H.K. avunculo suo ex sua persona, neq; ex legis provisione, quę est *in d. Novell.118.c.3.* sed aut jure transmissionis, aut jure substitutionis directæ, vel fideicommissariæ, per supra deducta. Si ex transmissione, hæc bona veluti materna acquirerent, & ita eam partem inter se singulæ familię dividerent, quam mater earum habitura fuisset, si ipsa superstes adiisset, *per d. l. unic. C. de his qui ante apert. tab. hered. d. l. cum in antiquiorib. ubi Dd. C. de jure delib.* Aditio enim tali casu facta fuisset ex persona transmittētis. *Corn. conf.165 n.1. vol.1.* Quod
18 si jure † substitutionis directæ vel fideicommissariæ, ideo hæc observanda essent, quod singularum familiarum nati singulis suis matribus intelligerentur substituti: cui etiam verba suffragarentur supra adducta, quibus interpretatio substitutionis introduci videri poteſt. Cum itaq; C.P. liberi, quos ex I.V.R. marito suo suscepit, ac post se reliquit, sive ea ante matrem suam A.K. sive post eam mortua sit, aviæ suæ A. heredes facti sint, aut proprio jure matris locum subintrātes *d. Novell.118 c.1 § cum filius, & seq. Inst. de heredit. quæ ab intest. defer. l.3. auth. in success. C. de suis & legit. Iohan. Schneidevv. Inst. de hered. ab intest. venien. ubi de primo ordine succed. n.2. & 12.* aut jure transmissionis, *d. l. unic. d. l. cum in antiquiorib. Corn. d. conf.165. n.1.* utique etiam in hac linea substitutorum numero illi V.R. unà venirent: quia vocati essent à defuncto, juxta supra deductam interpretationem testamenti, sub voce heredes, Erben/ matris vel aviæ suæ A. cui heredes unà extitissent. Atq; in id procul dubio I.V.R. anno 78. T. digitum intendit, quando liberorum suorum, quos ex prædicta C. præmortua genuit nomine, protestatus est, eisque ius competens conservavit.

Cæterum his & similibus, quæ satis acutè & speciosè pro ista sententia adduci posse videntur, non obstantibus, veritati iuris & rationi mihi non solum verosimilius videtur, sed revera etiam est, quod hæc successio neque vi verborum, vel interpretationis, neq; vi conventionis illius possit ex testamento defendi, sed ab intestato eam proximis sanguine defuncto mortis tempore junctis delatam & aditam esse dico. Nemo
19 enim † ex testamento hereditatem consequi potest, nisi qui in eo heres institutus est, *Gylman. Symphor. supplic. & votor. Camer. tom.1. part.3 voto 6. n.49.* quod votum etiam refert Tilman. de Benignis *in Prodromo decis. relation. Camer. Syntag.3. decad.2. voto 10. n.49.* & ut Joh. Dauth *de testam. ubi de hered. instit. n.331. vers. atq; hinc infertur.* ait, heredem institutum non intelligendum, qui in testamento scriptus non reperitur, *Mant. de coniect. ult. volunt. lib.4 tit.1 n.5. & 6.* At hi, de quibus quæritur in hoc testamento, heredes non sunt scripti, idq; apertissimum est, & clara testamenti verba, in § Nach diesem zu den Häusern/ꝛc. vers. Rechte vnd vnzweiffelhafftige Erben instituire, setze vnd ernenne ich meine freundtliche liebe Schwestern A.B.P. vnd S.B.N nach meiner freundtlichen lieben Haußfrawen Todt / vnd nit ehe anzunemen / vnd vnder sich gleichmässig vnd freundtlich zu theilen/ꝛc. Quam institutionem præcisam, ac ad personas has duas restrictam repetit in §. Ferner verordne vnd setze ich / ꝛc. vers. Dazu ich meine Schwestern für Erben gesetzt hab/ꝛc. Quæ diserta † & palam facta nominatio atq; institutio heredum restrictiva cum geminata sit, non patitur, ut aliam horum verborum sententiam inquiramus. *Bal. in c. eam te. ext. de rescr. Sylvan conf. 6 n.4. Iohan. Borchols. conf.31. quæst. ult. col.5.* cum in claris frustra quæratur de interpretatione, *Bald. conf.343. col.2. in fin. vol.1. conf.174. in fin. vol.2. Tib. Decian. resp.72. n.3 & 4. vol.2. Cravet. conf.273. nu.7. vers. circa num 8. per l. quod Labeo. ff. de Carbon. edict. l. ancillæ. C. de furt.* Nam dubia tantum testatoris voluntas adiuvanda est interpretatione. *Bald. consil.136. in fin. vol.3.* ut quæ in casu dubio & ambiguo necessaria est. *l.2. § fin. ff. de his quæ in testam. delentur. l. in his quæ ff. de condit. & demonst. tit. Dig. ff. de reb. dub.* in claris vero & certis prorsus cessat interpretatio, *gloss. & Dd. in d. l. in his quæ. & in l. non aliter ff. de legat.3. Simon de Pratis lib.1 de interpret. ultim. volunt. dub.2 solut.1. num.6. per l. cum quidam in fin. C. de necess. serv. hered. instit. dub.1. solut.4. num.1.* ubi *num.2.* subiicit: Imo, inquit, in casu claro est calumniosa, & sic cessat in expressis à testatore, *l. si is qui ducenta. §. final. ff. de reb. dub.* cum nimium subtilizare, ubi res clara est, & verba extant aperta, nihil sit aliud, quàm perniciosè errare, *Ioseph. Ludov. decis. Rotæ Lucens.48. num.2. Tibet. Decian. responsf.17. num.19 vol.1.* Et † quamvis verum sit, verba testatoris, quantumcunque sint larga & præcisa, vel aliàs aperta, recipere nihilominus interpretationem juris, *l. si mihi. §. fin. ubi Alber de Rosa. ff. de legat.3. & post Iason. ad l. quamvis. ff. de in jus voc. Simon. de Pratis d. solut.4. num.1.* tamen illud huc non rectè quadrat: quandoquidem hæc in quæstionem vocata interpretatio non est juris, sed facti: cum in ea non quæratur, quid secundum jus testator senserit, sed quid dictum factumq; à se esse voluerit. In quo genere interpretationis hæc regula tenenda est: Omissum à testatore in scriptura & prolatione verborum dispositiva, pro omisso haberi oportere, *Rolan à Valle conf.56. n.7. vol.3 per l. militis codicillis. § veteranus ff. de milit. testam. l. quotiens vers. neq; eum quem voluit. ff. de hered instit.* cum id velle non præsumatur, quod nō loquitur. *Bal. in l.1. §. sin autem ad deficientis. C. de caduc. tollend. per illum text. Paris. conf.3. n.8 conf.39. n.3. vol.3.* neque sufficit dicere, testatorem ita voluisse, nisi voluntas eius transierit in dispositionem, ut ex Baldo *ad d. l. quidam cum filium, ff. de hered. instit.* respondet Roland. à Valle *d. conf.56. n.6. vol.3.* Ex † solis coniecturis igitur nemo heres 22 nuncupatus aut scriptus intelligitur, *l. unic. ff. si tabulæ testam. extab. Bologn. ad l. Gallus. in prin. num.125. & 131. ff. de liber. & posthum. Iul. Clar. §. testamentum. 35. num.2. Iohan. Dauth de testam. ubi de hered. instit. num 331.* nisi ex errore Notarii omissio facta sit,

Bb aut

aut confessione adversarii heres certificetur, *ut ibidem ex Dominic. de Magdal. in tract. de numero testium in testam. requisit. part. 1. cap. 2. num. 25. usque ad fin. & cap. 4. num. 19. cum seqq. declarat Iohan. Dauth.* vel denique ex verbis bona consequentia eliciatur, *ut idem Dauth. ex Mant. d. tit. 1. nu. 8. ibid. n. 332. vers. declara hoc requisitum.* Horum autem hic nullum est. Nullus enim error Notarii vel testatoris allegatur, multoq; minus probari potest. Neq; ulla fratrum sororumque V.N. confessio adest: imo apette contradicunt. Quin etiam H.V.P. ejusq; consortes ipso facto negaverunt successioni ex testamento locum esse, quando Joh. V.R. protestanti liberorum suorum nomine unà cum cæteris contradixerunt: quicquid denuò verbis H. statim vel ex post facto, aut heres eius senserit.

23 Estq; † hæc ipso facto statim peracta declaratio fortior illa, quæ verbis fit, *l. reprehendenda. C. de instit. & substit. l. pro herede. de acquir. hered. c. cum super. ext. de offic. deleg. c. ex ore. extr. de his quæ fiunt à major. part. capit. c. ut nostrum. ext. de appell. Tib. Decian. resp. 46. n. 74. vol 3.* vel facto postea subsecuto diverso introduci vult: cum id, quod semel placuit, amplius displicere non possit, *l. sicut. C. de oblig. & act.* & factum non possit reddi infectum, *l. in bello. §. facti autem. ff. de capt. & postlim. revers.* Consequētia itemq; non bona est, quæ ex supra allegatis locis testamenti assumitur. Non enim consequens iis locis, quibus de legatis ad piam causam & uxori relictis testator egit, tam sororum quas instituit, quàm earum heredum fecit mentionem. Ergo etiam eosdem instituit heredes, vel certe tacite & per fideicommissum instituit. Nam si hæc bona esset consequentia, si casus accidisset, ut omnes, vel aliqua harum sororum decessissent, vivo testatore sine liberis, aut exheredatis, vel aliā ob causam incapacibus factis, penitus extraneos heredes habuisset, utiq; etiam tali casu hi prorsum extranei directò vel per fideicommissum illud tacitum seu interpretativum instituti vel substituti dicendi fuissent, propter verborum generalitatem, Meine Schwestern vnd den benant/ vnd

24 jre Erben/ &c. Sed † hoc posterius alienum à testatoris volūtate est, nec rationem juris habet, cum careat duplici hoc comite, bono scilicet & æquo, *Simon de Pratis d. lib. 1. de interpr. ult. vol. dub. 2. sol. 1. n. 2.* quia jus ita non disposuisset. Ergo & an-

25 tecedens eiusmodi est. Deinde † non est hæc cōjectura legis, sed hominis: Atqui ut ex bona consequentia deducatur tacita institutio vel substitutio, illud est legis coniecturantis, *ut ex Franc. Mant. de coniect. ult. volunt. lib. 4. tit. 2. nu. 11. docet Ioh. Dauth. de testam. ubi de instit. hered. num. 336. & notat hoc Simon de Pratis d. lib. 1. de interpr. ult. volunt. dub. 1. solut. 5. nu. 74.* quod tacitum ex dispositione legis & non hominis venire dicitur: cui etiam Joseph. Mascard. *de probat. conclus. 928 nu. 9.* adstipulatur.

26 Tertiò † oportet verba illa, ex quib. bona hæc consequentia sumenda est, dispositive stare circa ipsam institutionem, *l. ult. C. de hered. instit.* ubi Bald. *vers. nota tacitam institutionem valere. & in 10. oppos.* dicit: quod quando ex expresso sequitur tacitum, videtur expressum, *l. si ita. §. qui filio. ff. de bonor. poss. secund. tab. Mascard. d. concl. 928. n. 7.* qui addit: quotiescunq; ex verbis testatoris colligi possit institutio, idem operari, ac si expressa esset eiusq; rei ex Baldo *in d. l. ult. opp. 10.* proponit exemplum de eo, qui erat heres Plotii, qui licet solum dixerat in testamento; Sempronius Plotii heres esto; non autem dixit, mihi; tamen ex quo ex expresso in hoc resultat tacitum, eadem erit decisio. Sed in proposito nostro verba, quæ adferri posse videntur, non stant dispositive circa ipsam institutionem, sed circa legata, neq; conjuncta sunt cum ipsa institutione heredum, ut ita expresso tacitum non sequatur, neq; hoc inductivum tacitum ex verbis testatoris resultet. Nequit ergo hoc prætensum tacitum pro expresso haberi.

Quartò, † etiam in dubio facienda est interpretatio, ut evitetur fideicommissum, tanquam odiosum, *l. coheredi. §. cum filia. ff. de vulg. & pupill. substit. Ias. in l. ex tribus. C. de inoff. testam. Rol. à Valle cons. 56. nu. 35. & 36. vol 3.* ubi ex Cravet. *cons. 80. in fin.* dicit, contra fideicommissum in dubio esse pronunciandum, & Cephal. *cons. 45. nu. 12. & cons. 86. n. 15.* itemq; Alciat. *cons. 525 n. 12. cons. 526. n. 6.* dicunt, quoties judicis animus dubitat, an subsit legatum vel fideicommissum, quod debet pronunciare, illud non subesse: quia hoc est favorabilius, *l. si fuerit. vers. sed & si duob. ubi Socin. n. 5. ff. de reb. dub.* Accedit Tib. Decian. *resp. 59. nu 12. & 13. vol. 2.* ubi dicit: quod semper ea capienda est interpretatio, quæ fideicommissum excludit, & ita consuluisse scribit Riminald. *cons. 223. nu. 56. vers. facit in secundo.* quod qui coniecturas allegat, debet eas non tantum allegare, sed & probare, quod sint concludentes, & necessariò inducant fideicommissum, & si singulæ coniecturæ de per se consideratæ non inducant fideicommissum, non inducunt etiam plures similes coniunctim consideratæ, *ut dixit Ias. in l. centurio. n. 58. ff. de vulg. & pupill. substit.* Nam, ut Jurisconsultus Gaius *in l. in his. ff. de cond. & demonstr.* ait, in his, quæ extra testamentum incurrunt, potest res ex bono & æquo interpretari: ea vero, quæ ex ipso testamento oriuntur (hoc est, legatorum & fideicommissorum probatio, uti glossa exponit) necesse est secundum scripti juris rationem expediri. Etsi quidem † discrepantes de eo sint opiniones, an fideicommissum sit favorabile, an odiosum: odiosum esse, asserentibus *Ioh. Cephal. cons. 134. n. 21. cons. 379. n. 44. Bertrand. cons. 69 nu. 13. Menoch. consil 85 nu 39. cons. 150. nu. 10. 11. cons. 204. nu. 57. consil 485. nu. 71.* negantibus illud Francisc. Marizar. *de fideicommiss. quæst 1. Curt jun. cons. 111. num. 12. Franc. Manti. de coniect. ult. volunt. lib. 7. tit. 1. nu 34. Michaële Graff. lib. 1. recept. sentent. §. fideicommissum. quæst. 2. Marc. Anton. Peregrin. de fideicommiss. artic. 1. num. 23. & 24.* tamen distinctione hæ sententiæ recte componuntur, & secundum hanc posteriorem etiam verum est, favorem quidem inesse, quoad fideicommissi substantiam apertamq; testatoris voluntatem, *§. 1. Instit. de fideicommiss. hered. l. 1. de sacrosanct. Eccles.* Sed quod ad constituendum ac producendum in esse, & si quæstio sit, utrum sit constitutum, nec ne, nullo peculiari favore gaudet: sed fideicommissum allegan-ti, probatio eius concludens per posse & esse iniungitur, hoc est, non ut probet præsumptive, sed vere, *juxta regulam in l. ei qui dicit. ff. de probationibus.* Nam † facti est, 29

ideoq;

ideoq; probatione indiget, *l.in bello. §. facta. ff. de captiv. & postlim.rev. Marc. Anton Peregrin. d. artic. 1. num. 26.* ubi subdit: Et quia, inquit, negantis intentio in sola negativa fundata est, *l.actor. C.de probat.* ideoq; ei sufficit dicere nullũ extare fideicõmissum, vel quod institutio vel substitutio in eo casu non loquatur. Sic itaque & nostro casu, nullus favor est fideicommissi inductivus, sed per necesse id probandum est, hoc est, non præsumptive, sed vere & per necessariò concludentia: quod hic nullo modo fieri videmus. Denique
30 summa † lex est testatoris voluntas in inquirendis ac decidendis controversiis ex testamento natis. Mens enim testatoris regina & lex est, ipso Justiniano sanciente, *d.Novell 22 cap.2.* ac Pontifice approbante, *in c.ultima voluntas.13.quæst.2. Simon de Prat.lib.2.de interpret.ultim.volunt. 2.dub.solut.1 num.5.* Mentem autem testatoris non fuisse, ut Henricus V.P. Gerh.V.N. eorumque fratres & sorores matribus suis institutis, essent directo vel per fideicommissum substituti, vel ex eo satis colligi potest, quod tam ante, quàm post heredum institutionem, adeo sæpissime mentionem fecit eorum, his verbis, Meine Schwestern oder jhre Erben. Item / Meine nachbenandte Schwestern oder jhre Erben/rc. Attamen quando ad ipsam institutionem pervenit, non eodem modo loquitur, sed strictè, præcisè, & duntaxat heredes sibi esse jubet sorores suas A.& S. Quod si ullam hic cogitasset vel voluisset substitutionem per directam vel fideicommissariam, id procul dubio expressisset, cum jam antè toties conjunctim, per disjunctionem tamen eorum fecisset mentionem: sed dici hic potest; inclu-
31 sionem † unius esse exclusionem alterius, *Rolan. à Valle consil.58.nu.76.volum.3.* & omissum à testatore, manere sub dispositione juris communis, *Roland.à Valle consil.6.num.2 consil.58.num.19.consil.68.num.36.volum.4.* neque parem fuisse affectionem testatoris erga hos suos ex sororibus nepotes ac neptes, quam habuit erga sorores in-
32 stitutas heredes, cum † per naturam maiorem affectionem habeamus erga proximiores, quàm remotiores, *l.cum ita.§ in fideicommisso ff.de legat.1. l peto §.fratre. ff. de legat.2. l.si fuerit. ff. de reb dub.ubi Alexand.in apostill.ad Bartol.Simon de Prat.lib.1.de interpret.ult.volunt.dub.2.solut.3. num.2.*

Itaque cum neque expresse neque tacite H. V.P. Gerh. V.N. eorumque fratres & sorores, veluti ex sororibus institutis nepotes neptesque à testatore sint heredes nuncupati vel scripti seu instituti, neque etiam substituti, ne quidem per fideicommissum ex testamento hanc hereditatem adire potuerunt, juxta pervulgatum illud:
33 Non † entis nullæ sunt qualitates, nulla accidentia, nullæ considerationes, nec effecta. *l.neq; natales. C.de probat. l.eius qui in provincia. ff.de reb.credit.si cert.pet. c.ad dissolvendum. de despons.impub.in 6. Paris.consil.25 num.28.volum.1.cons.3.num.5. volum.4. Menoch.cons.76.num.5. Roland.à Valle cons.58.nu.7. volum.3.*
34 Ad † causam igitur intestati hæc hereditatis delatio pervenit, cum nullus possit heres dari, qui ex eo testamento adiit, vel jure potuit adire hereditatem, *l.intestatus.64. de verborum significat. §.1. Instit.de hereditatib. quæ ab intest. defer. ubi Dd.* *omnes, l.1.in princip.ff de suis & legitim. l.non putavit, 8 §.à primo gradu. vers.non sint in rebus humanis mortu tempore testatoris. vers. ex quo neq; adiri hereditas, &c. ff.de bon.possess.contra tabul. & ut Iohan.Schneidevv. Instit.de heredit.quæ ab intest.defer. in pr. nu.14. vers.5.* Quando testamentum, inquit, ex omni parte est perfectum, sed ex eo nullus heres existit, *ut hic, & d.l.1.in princip. de suis & legit.* ut quia heres institutus non vult adire hereditatem, aut vivo testatore mortuus est, aut conditio, sub qua institutus est, defecit: nam tunc dicitur intestatus decessisse, *§.posteriore. Instit.quib.mod. testamen. infirm. ubi idem Schneidevv.num.2.* tradit, si testator priore posthabito secundum fecerit testamentum, ita ut ex eo hereditas adiri possit, licet non adeatur, quia heres institutus noluit adire hereditatem, aut vivo testatore vel eo mortuo, antequam heres adiret hereditatem, decessit, aut quia conditio defecit, prius testamentum per posterius rumpi, ita quod primum non valeat, neque secundum etiam vires habeat, cum ex eo nemo heres existat, & sic res redit ad causam intestati, ut legitimi heredes, qui alias à lege ad successionem defuncti ab intestato vocantur, succedant: idque textum *in d.§ posteriore.* probare asserit, & verum est secundum omnes. Cum itaque A.& S.K. utræque heredes institutæ vivo testatore decesserint, neque ulli alii heredes instituti appareant, qui ex testamento illo ad hereditatem invitentur, neque etiam substitutio illa in eo legatur, consequens est, hoc testamentum esse destitutum, & sic ad causam intestati hereditatem redactam, *per l. si nemo. ubi Decius, Cagnol. Sturtz. & reliqui post gloss ff de reg.jur. d.§.1. d.l.1.in prin. d.§.posteriore.*

Quod † vel ideo se ita habet, quia testamenta 35
perfectionem primùm à die mortis sumunt, *Menoch.cons.329.num.5. Camill.Borell.cons.36.num.18. per l.4 ff.de adim.leg. l 1 ff. de testam. l.1. ubi Dd. C.de sacrosanct.eccles.* neque adiri superstitis hereditas potest, *l.qui superstitis. ff. de acquir.hered.* neque ad heredem transmitti, cum delata viventis hereditas dici non possit, nec transmittatur, nisi delata, *Tiber.Decian.respons.7. num. 111. vol.1. resp.46. num.148.vol.2 post Bartol.in l.Deo nobis C.de Episc.op. & cleric.per textum expressum in l.ventre. de acquiren. hered t.l.1.vers si tamen hereditatem non recusant. C.de his qui ante apert.tab.* Quin † & paria sunt, scri- 36
ptum heredem mortuum esse ante testatorem, & vivum defuncto testatore hereditatem repudiasse, *Bartol.in l.1, § qui habebat.num.7.ff. de bonorum possess.contra tabul. Francisc.Vivius decis. 34. numer.43.lib.1.*

At si vivæ post obitum testatoris hæ institutæ heredes hereditatem repudiassent, nihil eius ad suos liberos transmisissent, ac sic hi earum liberi ex hoc testamento, neque ex sua, neque ex materna persona heredes existere potuissent: Ex sua persona non; quia instituti non reperiuntur, per supra deducta: Ex persona materna non; quia repudiando mater effecisset, ut ea nihil apud se, quod ad suos transmitteret, retinuisset, cum repudiatam post quærere ipsa non potuisset, *l.sicut major. C.de repud. vel amitt.hered.* neque quisquam plus juris in heredem transmittat, quàm ipse habet, *l.heredem. l.hereditas. l.nemo plus juris.*

ff. de reg. jur. Ergo nec mortuæ hæ matres quid-
quam ad hos suos liberos transmiserunt, nec
quidquam juris est, quo ex propria sua persona
testamentarii heredes fieri possint.
37 Hoc † etiam inter omnes expeditum est, he-
redem non censeri ex testamento vocatum, qui
tempore successionis non supervivit, *Alban. Car-
dinal. cons. 26. num. 3 Bellamer. decis. 724. vers. septimo,
quia dispositio, &c. Menoch. consil. 269. num. 26.* At
38 qui † testamento vocatus non est, nihil etiam ad
suos eius transmittit, de quo in testamento dis-
positum est, *per d. l. unic. C. de his qui ante apert. tab.
d. l. nemo plus juris.* Nihil ergo ad hos suos liberos
hæ matres institutæ à suo fratre heredes, vivo
testarore mortuæ, transmittere potuerunt, ex
quo heredes ex testamento possent fieri. Quid?
quod talis institurio ad eum casum pervenit, à
39 quo incipere non potuit? Mortuus † enim fru-
stra heres instituitur, cum homo non sit, *c. Moy-
ses. 32. quæst. 2. c. si Episcopus. ext. de hæretic.* Ideoq; nec
40 cum eo testamenti factio nobis est. At † quoties
dispositio testatoris ad eum casum pervenit, à
quo incipere non potest, fit destituta, & corruit,
per regulam Catonianam, quæ non solum infir-
mat ea, quæ ab initio nulla sunt, ut nunquam et-
iam postea convalescant, *l. quod initio. 29. l. penult.
ff. de regul. jur.* sed etiam hæc, quæ ab initio qui-
dem fuere firma ac bene facta, sed ex post facto
in eum casum incidunt, à quo incipere non po-
tuerunt, *§. ex contrario. versic. quod si vivo. Instit. de le-
gat. l. 3. in fin. de his quæ pro non script. hab.*

Non obstant illa, quæ prima fronte dubium
movere videbantur. Nam hos, de quibus nobis
quæstio est, neque ipsimet pro sua persona no-
minatim vel tacitè, neque in matrum suarum
personis sunt instituti, neque verba testamenti
huc trahi posse, ut ex iis institutio vel substitutio
istorum directa vel fideicommissaria eliciatur,
supra vidimus. Quid? quod ex solis coniecturis
nemo heres nuncupatus vel scriptus censetur?
d. l. ff. si tabul. testam. null. extab. ne quidem fidei-
commissarius? ut supra vidimus. Quid? quod
testatoris voluntas reclamat, ut qui hos, de qui-
bus quærimus, noluit dignari titulo institutio-
nis vel substitutionis, sed solummodo ad eos ex-
tendere gravamen legatorum ac fideicommis-
sorum, veluti ad heredes heredum? Quid?
quod apertè ex verbis testamenti colligitur,
quod ad eos ex hoc testamento noluit heredita-
tem pervenire, nisi mediantibus institutis soro-
ribus A. & S? Cum ergo hæ vivo testatore de-
cesserint, secundum voluntatem testatoris ex
hoc testamento ad filios filiasque earum hæc he-
reditas, ne quidem per fideicommissum, perti-
nere potest. Quis enim est, qui hereditatem re-
stituet, aut quibus ipsi restituent? An sibiipsis
restituent? Id natura actionis & passionis non
41 patitur, per jura vulgata. Geminatio † igitur ea
vehementer stringit in iis terminis, de quibus lo-
quitur, nempe in legatis & fideicommissis præ-
standis: siquidem jussi sunt, & quidem seriò, eni-
xa voluntate ac minimè dubia, legata ac fidei-
commissa pauperibus, coniugi & aliis relicta, o-
mnino præstare, etiamsi ex testamento heredes
neque ipsi, neque matres earum fiant, sed ab in-
testato testatori succedant, & sic hæc geminatio
verborum multiplex eius est operationis, ut ad
omnem casum etiam disertè non expressum
extendatur, *Bal. in l. fructibus. C. de action. empti. Ruin.
consil. 98. num. 12. & seqq. lib. 2.* cum hæc verba vim
specialis expressionis habeant in omnibus his,
quæ sub eorum generalitatem cadere possunt,
*Corset. de verbor. gemin. Paris. consil. 9. num. 20. vol. 3.
Sylvan. consil. 95. num. 17.* quæque expressis non so-
lum sunt similia, sed & maiora, *Socin. consil. 47.
num. 6. in fin. volum. 4. Aym. Cravett. consil. 190. nu-
mer. 4. Sylvan. consil. 66. num. 14. Alexand. consil. 30.
colum. penult. lib. 5.* Quæ verba cum hanc opera-
tionem ex mente & sententia testatoris habe-
ant, frustra & sine operatione posita esse dici nō
possunt: imo non oportet aliam eorum vim &
operationem quærere, quàm qualem testa-
toris verba & sententia suggerunt. Non † enim 42
verba in oratione testatoris vel dispositione ali-
qua suppleri per interpretationem debent, ubi
de mente & voluntate testatoris non constat, ut
respondit post Curt. jun. *consil. 5. num. 15. versic. nec
mirum videatur.* Menoch. *consil. 274. nu. 16. & 17.*
ubi hanc esse rationem dicit, quia suppletio est
quædam interpretatio expletiva, *l. oratio. in fin. ff.
de sponsal. Iason in l. 2. num. 56. ff. de jurisdict. omn. jud.*
Hæc interpretatio non est permissa in institutio-
nibus & substitutionibus, nisi mens testatoris e-
videns ex antecedentibus & consequentibus
appareat, *Menoch. d. consil. 274. num. 17. Castrens. &
Iason ad l. potest. ff. de vulg. & pupill. substit. Zanch. ad l.
heredes mei. §. cum ita. num. 558. ff. ad Senatusconsult.
Trebell. Cephal. consil. 514. num. 25. lib. 4.* Cum igitur
ex his verbis testamenti allegatis cæterisque ad-
ductis non possit mens testatoris ea apparere,
quod deficientibus se vivo ambabus sororibus,
velit eorum liberos & heredes sibi ex testamen-
to heredes esse; utique etiam ex iis ad clausulam
institutionis heredis interpretatio hæc extensi-
va assumi non potest, *Oldrad. consil. 177. Decius con-
sil. 95. nu. 8. & 10. Gozadin. cons. 21. num. 8. Socin. jun.
consil. 4. nu. 13. & cons. 100. nu. 29. volum. 3. Anchoran.
consil. 356.*

Imo † vero dum sæpe addit, Meine hierund- 43
ten benante Schwestern / Meine Schwestern /
wie hernacher stehet / &c. his ipsis verbis extensi-
vam illam interpretationem removet, neceam
fieri vult, cum verba sint restrictiva, uti & verba
infra scripta, *Menoch. consil. 243. num. 41. & 42.* ac
solum heredem scriptum designant, non here-
dem heredis, *l. qui liberis. §. hac verba. ff. de vulg. &
pupill. substit.* eoq; à qualitate hac hereditaria cæ-
teros per particulam disjunctivam, oder / anne-
xos, exclusisse censetur testator, autore Fulgosio,
*per l. cum prætor. ff. de judic. Ruin. consil. 29. nu. 5. & 6.
consil. 127. num. 9. versic. nec præmissu. volum. 2. Socin.
jun. consil. 54. num. 11. lib. 4. Dec. consil. 291. num. 6.
& consil. 377. num. 3.* qui id & de fideicommisso
per interpretationem extensivam inducendo
censet, quod & verum esse, testatur Menoch. *di-
cto consil. 243. num. 50. & 51.* nempe, quod † nec 44
per interpretationem fideicommissi fiat exten-
sio casus ad casum, nedum à persona una ad al-
teram; ita ut casus substitutionis fideicommis-
sariæ contingens præter ordinationem testatoris
non comprehendatur sub eius dispositione, ut
verba sunt expressa Menochii. Ideoq; Michaël
Grassus

Grassus haud inique dixit *lib.1.recept sentent.§.substitutio.q 9.n.8.in fin.* nullam esse substitutionem tacitam,nisi in jure accrescendi.

45 Ex his ergo patet,illa † omnia, quæ adducuntur de interpretatione, ex uno loco sumenda ad alium,& quod prius dicta in sequentibus intelliguntur repetita, & quod testamentorum conservatio est de utilitate publica,quodq; voluntatis mutatio non præsumitur, & quæ eius generis sunt alia,hic prorsum esse heterogenea, neq; hoc efficere posse, ut institutionem vel substitutionem eorum, quos testator non ut heredes suos nominavit, neque scripsit, vel saltem fideicommissariam inducant: quia verba illa testamenti in casu prorsum alio & ab institutione heredis separato loquuntur, & absq; hac interpretatione exclusiva, quæ ob defectum voluntatis testatoris hic locum nullum habet,plenam operationem suam consequuntur.

Quod mortuis jamdudum sororibus institutis,per annos vixit multos testator, ita ut mutare testamẽtum potuisset,nihil etiam prodest: quin potius contrarium arguit, nempe, cum noverit obitum institutarum heredum, nec mutaverit testamentum, cum mutare quàm commodè potuisset,quod hoc ipsum voluit, ut sibi non ex testamento, sed ab intestato proximi heredes fie-

46 rent. Scivit † enim, aut certe scire debuit,testamentum fore destitutum, *juxta l.si nemo. ff.de reg. jur. d.l.non putavit. § à primo.ff.de bon.poss.cont.tabul. d §.1. vers. aut si ex eo nemo heres. Instit.de heredit.quæ ab intest defer.d.l.intestatus.de verborum significat.d.§. posteriore. Instit.quib.mod.testam.infirm.* Quod vel ex eo evidens redditur, quia & intestatus decedens tacite videtur invitare ad successionem venientes ab intestato, *Iohan. Dauth.de testam.ubi de instit.hered.nu.331.vers.et q. decidendi ratio.* Pro quo

47 & illud facit: Nam † si pater testamentum condens subiiciat clausulam codicillarem, per verba etiam futuri temporis, præteriens ignoranter posthumum, si statim post conditum testamentum vel posthumo nato brevissimo pòst tempore,quo vix testamentum mutari potuit, moriatur,clausula codicillaris in vim fideicommissi testamentum non sustinet,*Fab Turett.de effect.& defect.clausul. codicill. q.64 per l.voluntatis. C. de fideicom.* At quando multo pòst tempore testator vixit,nec mutavit testamentum,per longam illam taciturnitatem censetur voluisse institutionem heredum ad causam intestati redigi,ita tamen,ut ab intestato venientes, velut ex fideicommisso rogati,hereditatem scriptis restituant, ut latissime idẽ Turret. *in d.tract.de effect. & defect. clauf. codicill.q 63.*prosequitur & probat multis autoritatibus & rationibus, præsertim vero ea, quod videatur testator hac taciturnitate sua viam juris elegisse, quia sciret, satis in eum casum à lege prospectum esse, tametsi simul etiam approbet clausulam codicillarem in hoc, ut ab intestato venientes,legata ac fideicommissa præstent, *gl.in l.1.C.de codicill.l.fin.C.de testam.ut per l.3. C de inoffic. testam.* Cursus ergo temporis ille longioris superstitis non effecit, ut alii intelligantur heredes instituti,qui eo testamento scripti vel nuncupati non erant, sed ut venientes ab intestato rogati censeantur iis, quorum gratia clausula codicillaris erat adiecta, ea, de quibus heredes instituti rogati erãt, restituere per legatum vel fideicommissum, *arg.l.sancimus. l.fin.C.de testam.l.tractabatur. ff. de milit.testam. Turret.d.quæst.63.*

Hinc † etiam apertum est,nihil obstare,quod 48 de clausula codicillari adfertur: cuius effectus is est, ut venientes ab intestato hereditatem adeuntes teneantur ea, quæ legata vel relicta aliis sunt, perinde valeant, ac si ex testamento adiissent, *Corneus cons.270.num.3 & 4. vol.4. per l.eam quam.C.de fideicommiss. Cagnol.in d.l.si nemo.ff.de regul.jur.* non autem ut ipsi etiam ex eo testamento heredes sint. Hæc enim potestas & vis clausulæ codicillari nullibi in jure attribuitur: ut meritò erubescamus hoc asserere, quod lex non asserit, nec dicit,*l.illam. C.de collat.* Clausula codicillaris per verba futuri temporis concepta,ita demum operatur transmissionem hereditatis,herede ante testatorem decedente, si mortuus ille heres rogatus erat hereditatem alii restituere, & codicillaris clausula fuerit adiecta prædicto modo, ut ex Turretto *d.quæst.47.* & cæteris in hoc allegatis Dd.apparet. Sed in his terminis jam nos non versamur: non enim hereditatem A. & S. aliis restituere erant rogati, ne quidem liberis suis. Hæc igitur hereditas veluti fideicommissaria transmitti non potuit, quia non fuit fideicommissaria ulla: non entis autem nulla sunt accidentia. Deinde hæc communis opinio loquitur non de institutis rogatis,vivo testatore defunctis,sed de fideicommissario, qui vivo eo,qui à defuncto rogatus est, ut se mortuo hereditatẽ restituat,decedit: Hic decedens fideicommissarius,vivo etiam illo, à quo restitutio fieri debet, hoc fideicommissum in suos heredes transmittit. Semel † enim ei per testatoris obitum hoc fi- 49 deicommissum delatum est, & spem eius est cõsecutus, quam & ad heredes suos mittit, ut ex Decio *d.cons.478.nu.5.6.7.& seq.* cæterisq; à Fab. Turret.*d quæst 47.*allegatis, eiusque argumentis constat. In quibus terminis hic quoq; non versantur. Est præterea Bartoli à multis recepta opinio,imo nõ transmitti; quam opinionem Socin. *ad l.cum filio.n.34 ff.de leg.1.* in consulendo & judicando sequendam esse dicit: & quamvis Turret.priorem illam sententiam Decii & aliorum sequatur,*nu.17.in fin.*tamen dicit: Credo,inquiens,quod si opinionem Bartoli sequeretur alius, quod non peccet,nec esset reprehẽdendus. Itaq; etsi in nostris terminis ista assertio Turreti,Decii & aliorum loqueretur, non tamen tutum esset consulendo & judicãdo illam sequi,tum propter Bartoli autoritatẽ,eiusq; sententiæ æquitatẽ, tum ꝙ eadem à multis pro cõmuniore habetur.

Tacitam hic institutionẽ vel substitutionem nullam esse, ne quidẽ obliquam, supra probatũ est,ut ideo huius obiectionis refutationi de tacita substitutione inhærere nõ sit operæ pretium. Nec quidquam necessitatis infert, quod A.& S. heredes onere legatorum & fideicommissorum gravantur. Nam cum ex personis A.& S. & sic consequenter etiam ex persona testatoris fuissent commodum accepturi, si A.& S. ex testamento heredes extitissent, meritò etiam hoc onere affici potuerunt; quia † & ab herede here- 50 dis hodie legari & fideicõmitti potest,*l.1.l.2.§.fin.*

C *communia, de legat.* Cum itaque hæc regula hic effectum suum habeat, etiam absque illa institutionis vel substitutionis illatione, nulla justa ratio postulat, ut eius regulę intuitu ad substitutionis vel fideicōmissariæ institutionis tacitæ interpretationem, veluti ex consequente resultantem recurramus.

Igitur etsi verum sit, posse à substitutione etiā tacita & fideicommissaria vires assumere, hoc tamen est intelligendum, si de ea substitutione & mente testatoris substituentis appareat: secus si mens & voluntas eius deficiant: cum sola mens testatoris in testamento dominetur, eaq; sola sit norma omnis interpretationis, ut supra vidimus. Atqui hic voluntatem testatoris eiusmodi nullam adesse, nullam etiam extare, ne quidem per coniecturas verum est. Frustra igitur de eo hic, quod non est, quæritur.

Restat, ut quæ de transactione anno 1578. T. facta obiiciūtur, diluamus. Primò, ne verbo quidem expressum est, quod velint hi, de quibus nobis quæstio est, defuncto H.K. avunculo suo,
51 ex illo testamento heredes esse: Ut ideo, † quod instrumentum non dicit, nec nostrum sit dicere, *arg. l. jubemus. C. ad S.C. Vellei. Bald ad l. ad probationē. C. de probat. & in l. lecta. in 2. oppos. ff. de reb. cred. si cer. pet.* Wesemb. *conf.* 15. *nu.* 42. *conf* 22. *n* 5. *verf. & quod instrumentum non dicit, &c. conf.* 51. *n.* 4. Deinde cōtroversia & quæstio tum temporis non fuit, an ex testamento vel ab intestato heredes essent, vel esse possent, aut vellent: sed an legata deberi possint S.V.N. viduæ testatoris C. Eaq; lis ita fuit decisa, & trāsactione terminata, ut promiserint ac in se receperint heredes ab intestato venientes, se testamentum in omnibus suis partibus observaturos, eaq; mediante promissione, verbis & facto hereditatem adierunt. Hic enim eorum verborum, in §. Das gerürte Erbgenahme/ sensus est, per rationē assignatam à Phil. Corneo *d. conf.* 270 *nu.* 3. *vol.* 4. Ut enim ex testamento illo ipsi heredes essent, & ex eo adirent, hoc neq; dictum actumq; est, neq; dici agiq; jure potuit: quia in eo heredes neq; directò neque obliquè instituti
52 vel substituti erant. Nam † non potest heres heredis videri scriptus in testamento heres cum oculis corporeis ibi non legatur, *l.* 1. *§ legi. ff. de his. quæ in testam. delen. Bart. in l qui liberis. §. hæc verba ff. de vulg. & pupill. substit. Ioh. Cephal. conf* 58. *n.* 23. *vol.* 1. quod is adeo verum esse credit, ut *ibid. nu.* 22. dicat, quod etsi testator in substitutione (& sic etiā in institutione) heredis mentionem faciat, non tamen intelligatur heredis heredem substituere
53 voluisse, nedum substituisse. Præterea † in actu dubio semper ea interpretatio facienda est, quæ juri & rei subiectæ magis convenit, cum intelligantur se homines secundum juris dispositionē conformasse, *Bal in l. precib. col. antepen. verf. procedo ulterius C. de impub. & al. subst. & in l. illa institutio. ff. de hered. instit. Iaf. in l. post dotem. n.* 32. *verf. & cō munis. ff. sol. mat. ubi Bar. C de fals. caus. adject. & in l. nō dubium. C. de legib. Bar. ad l. demōstratio falsa. §.* 1. *n* 13. *verf. tertio quæro de effectu causæ. ff. de cond. & demonst. & in l. dominus.* 53 *de cond. indeb.* Et juri & subiectæ rei non convenit ista, quæ obiecta est, sed hæc transactionis declaratio, quod defuncti ex sororibus institutis prædefunctis nepotes ac neptes ab intestato quidem hanc hereditatem adierint, sed ratum testamentum esse voluerint, propter clausulam codicillarem in his, quæ ab heredibus institutis pauperibus, viduæ cæterisq; legatariis & fideicōmissariis præstanda essent, *secundū Corn. d conf.* 270. *n.* 3. *Tib. Decian. resp.* 21. *n.* 53 *vol.* 2. *per l ex ea §.* 1. *ubi gl. & Dd ff. de testam. & auth. ex causa. cum ibi annot. C. de lib. præt.* Nam † veniētes ab intestato 54
nō possunt ex testamēto se heredes profiteri, sed se obstrictos ob clausulā codicillarem vel ratificationē fatentur ad id, ut onera legatorū & fideicommissorū præstent, *Tib. Decian. d. resp.* 21. *nu.* 53. *Michaël Graffus d. lib.* 1. *recept. sentent. §. legatum. q.* 67. *& q* 68. *Rol. à Valle conf* 71. *nu.* 57. *vol.* 2. Hæc igitur, non illa hic interpretatio, utpote quæ prudentū reprehensione caritura sit, assumenda est. Et qui poterit illa transactio ita accipi, ac si ex testamento heredes esse voluissent, cum ex testamento illo eis hæc hereditas delata non sit, nec etiam à defunctis matribus institutis heredibus in ipsos sit transmissa? *Tib. Decian. resp.* 7. *n.* 111. *vol.* 1. *resp.* 46. *n.* 148. *vol.* 2. *d. l. unic. C. de his qui ante apert. tab.* ut hic rursum haud ineptè repetatur, non entis nullam esse qualitatem considerabilem. Accedit † quod 55
respondet Vincent. Honded. *conf.* 66. *nu.* 61. *vol.* 1. partes nō posse pacto efficere, ut testamentū sit, quod testamentū non est, seu quod nullū est, & substantialibus suis caret, *per l. jus publicum. de pact. l. nemo potest ff. de leg.* 1. *Decius in l. pen. n.* 27. *C. de pact.* Nam, si partes hoc possent, elusoria redderentur jura de testamentis: propterea nec pacto expresso fieri potest, quod testamentū invalidum pro valido habeatur & observetur ut testamentum, *Vincen. Honded d. conf* 66. *n.* 41 *allegans Bar. in l* 3. *n* 3. *ff. qui testam fac. poss Phil. Dec. conf.* 488. *n.* 18. *& conf.* 494. *n.* 1. Sic pari modo, si testamentum deficiat, ob id quod heredes instituti testatore vivo mortui sunt, pacto effici nō potest, ut ex eo testamēto quis heres sit, qui in eo scriptus nuncupatusve non est. Ratio, quia pacto hereditas non datur, *l. hereditas. C. de pact. tam super dot. quàm donat.*

Præterea † ut actus hominum valeat & vires 56
habeat, non satis est, eos aliquid voluisse, nisi & potentia & justitia adsit. Nam si ex his vel unum, præsertim autem potentia deficiat, voluisse sat non est, *gl. & Bal. ad l. si fi ie. C. de don. ante nupt. gl. & Panorm ad c. cum super Abbatia. extra de offic. deleg. Socin. jun. conf.* 95 *nu.* 4. *&* 38. *vol.* 3. *Tib. Decian. resp.* 40. *nu.* 21. *vol.* 3. *Menoch. conf.* 75. *nu* 34 *conf.* 108. *num.* 4. *conf.* 157. *nu.* 1. *Marc. Mantua. sing.* 251. *Petr. de Ancibor. conf.* 1. *in princ.* Etsi vero voluntas eis fuisset, quod ex hoc testamento fierent heredes, potentia tamen hoc volendi & efficiendi, adeoq; etiam ipsa justitia eis defuisset: cum, ut supra probatum est, nemo ex testamento heres fieri possit, qui in eo institutus non est, adeo ut ne quidem pacto effici id possit. Potentia † faciendi heredem ex testa- 57
mento solo testatori data est, *d. Novell.* 22 *§. disponat.* Cessante igitur huius voluntate, cessat quoq; heres esse ex testamento. Neq; adversantur ea, q̄ Tib. Decian. *d resp.* 2. *nu.* 80. *vol.* 2. Vincent. Honded. *d. conf.* 67. *n.* 35. & Neviza. *d. conf.* 24. *nu.* 15. responderunt. Hi enim id non volunt, quod hic in quæstione est, sed quod is, qui potuisset, testamētum velut inofficiosum, aut injustum, vel ruptum, aut nullum impugnare cesseatur hoc ipso testa-

testamentum, in quo alii heredes instituti sunt, approbasse, quod legatum ex eo agnovit, aut si adiit ex eo hereditatem, quam rogatus est alii restituere. Est enim tali casu aliquid, quod ultra hęc legata sibi data vel relictam hereditatem fiduciariam utile est & prodesse aliis potest. At eiusmodi hic nullū est, quoad heredis institutionem. Non n. pacto, non agnitione legati effici potest, ut quis heres ex tali testamento sit, qui in eo non vocatur, *Ioh. Cepha d. conf.* 58. *n.* 22. 23. 24. Imo exclusus est per particulam, infra scriptæ, hiermit den benandte/ꝛc. *Ceph. d. conf.* 58. *n.* 22. & 24. Ut ideo †ubi disparitas facti disparitasq; rationis est, sit et disparitas Juris *Mynf. Resp.* 99. *n.* 3. 4. 5 *cent.* 1. *Ioseph. Ludov. decis. Lucens.* 44. *nu.* 61. & 62. *Menoch. consil.* 50. *num.* 2.
58

Sic etsi verum sit, conventiones esse servandas, hoc tamen cæteris paribus est intelligendū, nempe si de his sunt factæ, quæ in nostra sunt potestate, quæq; privatorum iura concernunt: Pacta † vero à iure communi sive privato remota, quæq; publicum ius concernunt non valent, ac plane deficiunt, *l.* 7. *§. & generaliter, d. l. ius publicum l. ius agnationis, ff. de pact. l. nec ex pratorio ff de reg. jur. l. non dubium, C. de legib. l. nemo potest.* 55. *ubi Bart. Iason. Bolog. Romuleus ff. de leg.* 1. Deficere autem trāsigentes hanc potestatem, ut quem testator testamento heredem non fecit, vigore transactionis vel pacti ex testamento heres sit, atq; hoc etiam à iure privato remotum esse, cum testamentum publici iuris sit, *l.* 3. *ff. qui testam fac. pos.* nec hereditas pacto detur, *d. l. hereditas,* nec etiam id ferat testamenti definitio *in l.* 1 *ff. qui testam. fac. poss.* ex iam dictis satis apertum est. Concludendum igitur restat, non esse eos ex testamento heredes factos, neq; ex testamento hereditatem adiisse, & quamvis adiissent, nulliter tamen hoc fecisse, atque adeo eam ad causam intestati redactam esse.
59

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

CUm itaq; hæc successio ad causam intestati redacta sit, frustra quęritur, quomodo secūdum testamenti tenorem partes inter coheredes sint faciendæ, sed ea res iam tota ex iure ad successionem intestatorum pertinente decidenda est. Quid igitur, an soli ex sororibus defuncti nepotes nepotesq; succedent? Ex † sentētia Accursii *in auth. cessante. C. de suis & legit. hered.* & eorum, qui Accursium sequuntur, nempe Joh. Andr. *ad Spec. de succes. ab intest.* §. 1. *sed an filij.* Baldi sibiipsi contrarii *in conf.* 66. *lib.* 1. *conf.* 293. *conf.* 437. *libr.* 2. Dyni, Angeli. Cornei *in auth. cessante. C. de legit. hered. Nicol. de Ubald. de success. ab intest. part.* 3. *Joh. Petr. Ferra. Tract. in forma libelli ab intest. vers. nullusq; superstitib. nu.* 14. *vers. ulterius quæritur. Iacobin. de S. Georgio in tract. feud. invest. verbo præsentes, vers. sed ulterius. Bertrand, consi.* 2 *libr.* 2. *Cravett. consi.* 966. *Bursat. consil.* 67. *Paris. cons.* 25. *num* 9. *volum.* 2 *Franc. Vivius* 2. *com. opin.* 25. *ac novissime Franc. Sonsbec. in tract. feud. part.* 9. *num.* 100. & *seqq usq; ad num.* 110. & *nuper consulendo Iohan. Vincent. Honded. consil.* 65. *numer.* 4 & 5. *volum.* 2. Si hæc causa decidenda esset, non multum referret inquirere, utrum A. K. Monacha in medio existens partem faceret necne? Nam sive faceret sive non faceret, cum & ea portio, quam faceret, accresceret coheredibus omnibus pro ea parte singulis, qua heredes essent, semper eam partem habituri essent, quam mater prædefuncta singulorum habitura fuisset. Atq; ideo P. omnes unum semissem, alterum semissem N. inter sese dividendum habituri essent. Quoniā ex hac sententia Accursii & aliorum iam relatorum, et soli existentes fratrum sororumq; filii filiæq; patruo vel avunculo suo nō in capita, sed in stirpes succedent.
60

Verum † & de veritate huius sententiæ haud immerito dubitatur, prout Azo eiusq; sequaces Jacob Butrigar. Cyn. Odofrid. Alberic. Castrens. *in d. auth cessante, C. de legit. hered. Bald. in l.* 1. *§. ultim. ff si pars hered. petat. Aret. in §. cum filius. Instit. de here. quæ ab intest. defer. Hostiens. in summa tit. de success. ab intest.* §. *viso igitur circa fin. Dida. Covarru. de success. ab intest. nu* 8 *Franc. Duar. de feud. cap.* 8. *Ant. Tessaur. decis. Pedemont.* 162. *Zas. singu. intellect cap.* 7. *in Epitome Feud. part.* 8. *nu.* 18. & *conf.* 4. *lib.* 1. *Cujac. in Fragm. Vlp. tit.* 26 §. 4. & 2. *Feud. tit.* 12. *Franc. Hottom. illustr. quæst.* 14. *Io. Borcholt. de feud. c.* 7. *ubi de successione, nu.* 62. *Andr Fachin. controv. jur.* 6. *c.* 3. *Mich. Graffus libr.* 1. *recept. sent* § *successio ab intestato. quæst.* 30. *nu.* 4. *per l.* 1. *in fin ff. si pars hered. petat. l. post consanguineos,* §. *hereditas. ff. de suis & legitim.* §. *hoc etiam, in fin. Instit. de legit agnat. success.* egregie probant. Neq; vero hi textus videri possunt correcti *per d. Novell.* 118. *de heredib. ab intest. venient. cap.* 3. quin potius approbati in versic. huiusmodi & aliis locis à Zasio *dict. consi.* 4. allegatis, ac novissime Sonsbecii argumenta quamvis splendida refutavit And. Fachin. *d. d. cap* 3. *controvers.* 6. Neque tantum Imperialis Cameræ præiudiciis hæc Azonis sententia, *teste Mynf. cent.* 3. *obs.* 94. sed Imperiali etiam constitutione in Comitiis Spirensibus anno 1529. à Carolo V. Imperatore comprobata est, ut in iudicando vix ab ea discedatur, ut & pro ea in Rota Romana 10. Aprilis anno 1592. pronunciatum esse dicit Joh. Vincent. Honde. *d. consi.* 65. *n.* 5. *in fi.* 61

Qua de causa priusquam in huius quæstionis decisione progrediamur, ante omnia inquirendum est, utrum A. K. fraternæ hereditatis, capax esse potuerit, etiā ab intestato, & sic numerū coheredū de iure augeat, nec ne? In huius dubii resolutione tria iura potissimum cōsiderāda sunt: unū est iꝰ cōmune: alterum Privilegium, vel potius geminum statutum Comitatus Marchię, cui & monasteriū K. subest, & in qua hæc hereditas delata est. Tertiū ius est cōsuetudo loci. Quod si v. vel omni hoc iure ita exclusa sit, ut incapax hereditatis fuerit, nō poterit ordinē succedēdi alterare, mutare vel portionem facere: sin minus difficultas restat discutiēda, Utrū A. K. in medio existens effecerit, ut successio non in capita, sed in stirpes filiis sororū defuncti sit delata? Et certe, quod ius cōmune attinet, videtur A. prorsus incapax hereditatis huius esse. Primo n. frater eius H. pro tali habuit eā, quæ nullo iure sibi succedere posset, uti ex testamēto eiꝰ apparet, quo eam ad successionem non invitavit.

Ex † quo resultat pſumtio, sicut iudicio testatoris, ita & legis exclusā esse: qa iudiciū testatoris sit quædam lex specialis, quæ uti disposuit, ita ius esse oporteat, *dict.* §. *disponat, Novell.* 22. Deinde textus † iuris Canonici expressus censetur ex 62
63

ſtare,qui Ciſtercienſ.ordinis monachos rerum,
poſſeſſionum,atq; ſic etiam hereditatum & bo-
norum facit incapaces,*c.recolentes,ext. de ſtat. mo-
nach.*ubi Alexand.III.Pont.Max. omnibus Ab-
batib.& conventib.Ciſtercienſ.ordinis reſcribit,
ſe dolentem hoc dicere,quod à pleriſq; à ſanctа
inſtitutione dicitur declinatum in tantum, ut a-
liqui ex his Monach. patriæ inſtitutionis obliti
contra ordinis ſui regulam,villas, eccleſias & al-
taria poſſident,fidelitates & homagia (alii homi-
nia) benigne ſuſcipiunt,iuſtitiarias & tributarias
tenent,&c.Hortatur igitur eos (imo ſanctione
64 Canonica eos cogit:† cum Dominorum hortari,
ſit imperare & legem ponere,*per l.jubemus,C.ad l.
Iul.repetund.*)ut domus illæ,quæ à prima ſui ori-
gine in ipſo ordine ſunt fundatæ,conſtitutis ter-
minis ſint contentæ,h.e.nihil proprii habeant.

Nam ſi proprietas apud quenquã monacho-
rum inventa fuerit in morte,ipſa cum eo Mona-
cho in ſignum perditionis extra monaſterium in
ſterquilinio ſubterretur,&c.*c.cum ad monaſterium
ext.eod.*Quæ regula adeo tenaciter ſervanda eſt,
ut nec Pontifex Max.poſſit contra eam licentiã
65 indulgere,*d.c.cum ad monaſterium,in fin.*† Quod a.
de Monachis ſancitum eſt,id & de monialib. in-
telligi oportere non tantum conſtat ex generali
ratione *l.1.l.pronunciatio.ff de verb ſign.cũ ibi annot.*
ſed ẽt *ex c.in ſingulis,verſ. ordinentur etiam, verb. ſed
etiam monialium,c.fin.in fin.ext.de ſtatu Monach.*

66 Tertio † hoc prorſum indubitatum reddere
videtur Ludov.Bologn.*in addit.ad tractat. Matth.
Mattheſ.de ſucceſ.ab inteſt.artic.3.princ.nu.*43. Nam
cum *num.42.in fin.*dixiſſet,clericos regulares eſ-
ſe capaces hereditatum in communi, licèt non
poſſint habere in particulari,*c.nõ dicatis, 12. queſt.
1.Auth.ingreſſi,C.de SS.Eccleſ.*ac poſſint ipſi ſucce-
dere perinde ut ſi eſſent in mundo,*l.Deo nobis. C.
de Epiſc.& Cleric.& nota.à gl.in §.nullam. Novell. de
Monach.ſubjicit,nu.*43.hæc verba: Limita, inquit,
tamen prædicta (quæ ſcilicet de Monachis & re-
gularibus dixerat,eos ſuccedere ac ſi in mundo
eſſent) non habere locum in Monachis Ciſterci-
enſibus,qui nõ poſſunt retinere aliquid: & caſu,
quo aliter facere non poſſent,debent in eleemo-
ſynis diſtribuere,textus (inquit) eſt *in c. recolentes,
ext.de ſtat.Monach.*Atq; ita ex ſententia Ludo.Bo-
lognini, Ciſtertienſis ordinis Monachi omniũ
rerum ſeculariũ bonorũq; ſunt incapaces effe-
cti,ut ſuccedere nõ valeãt perinde ac ſi nõ in mũ
do eſſent,ſed ſi quid eis deferatur,hoc retinere
non debeant,aut certe ſi omnino habere cogan-
tur,in eleemoſynas & uſum pauperũ cõvertant.

67 Pro,† quo illud quarto facere videtur, quod
omnes religioſi & religioſæ, qui quæve profeſ-
ſionem ordini fecerunt,iureiurando ad perfectã
paupertatẽ obſtricti & obſtrictæ ſunt,ut ex voto
eorum palam eſt,*de quo in c.porrectum,extr.de regu-
lar.c.cum ad monaſterium.extr.de ſtat.Monach.Hoſtieſ.
in ſum.de regularib.n.*5.

68 Quinto † huc imprimis facit,quod Monachi
pro mortuis habentur,*Bald.in auth.ingreſſi, in fin.
d.SS.Eccl.& in l.ſi quis ſub conditione,verſ.quarto quæ-
ro.ff.de teſta.tut.Ioh.Andr.in addit.ad Specul.ti.de ſtat.
Monach,verſ.*53.*in litera Z.ſecundi alphabeti.Mantua.
de legit.ad auth.noviſſima,col.*8.*verſ. Quarto dubitare
contingit.C.de inoffic.teſtam.Angel.Matth. de legat. &
fideicommiſſ.lib.*4.*cap.*8.*nu.*4.*in fi.Camill.Borrel.conſ.
num.*59.*conſ.*67.*n.*3.*Vincen.Honded.conſ.*60.*nu.*2.*&*
3.*vol.*2.ubi in ſpecie de Monacha differens teſta-
tur,quo momento profeſſionem emiſerit, mũ-
do eam haberi mortuam,*c.placuit,16.q.1.d.l. Deo
nobis,C.de Epiſ.& Cler.Feli. & reliqui Canon. in c. in
præſentia,extr.de proba.* Efficitur n. Monaſterium
ingrediens inſtar deportati,*Ang.Matth.de legat. &
fideicom.li.4.d.c.8.n.4.in fin.*&exul patriæ atq; mũ-
do,*Camil.Borrel.d.conſ.67.nu.2.& 3.*ſervoq; com-
paratur,*gl.in c.non dicatis,12.q.1.& in l.ſi unus, in pr.
ff.de pact.Camil.Borrel.d.conſ.17.n.61.*† Quẽadmo- 69
dum a.ſervi,deportati,exulis nulla eſt hereditas,
*l.3.§.fi.de verb ſig.*ita nec heredes eſſe queũt,*Ang.
Math.d.c.8.nu. 4.in fi.per l.ſi necẽ,§.ſi deportatus,ff.de
bon.libert.*Mors enim civilis æquiparatur natura-
li *Ioh.Vinc.Honde.cõſ.61.n.21.vol.1.*maximè in Mo-
nacho,& Monacha,*ut ibid.& n.11, & 12.* affirmat
idẽ Honde.*ex ſententia Mantu.de legitima,in d.auth.
noviſſima.* Atq; † in primis omne dubium tollere 70
videtur *Clem.exivi.§.cupientes,de verb.ſign.* q̃ Mo-
nachos ſucceſſionum (quia in iis tranſit non ſolũ
uſus rei,ſed & dominium ſuo tempore in here-
des) pronunciat incapaces,adeo ut nec liceat eis
valorem hereditatum pro iis vel parte earum a-
liqua recipere,quia hoc feciſſe in fraudem regu-
læ & conſtitutionis viderentur.Cui maiorẽ rigo-
rẽ addit Joh.XXII.*in conſtit.extravag.ad conditorẽ.
§.de fratrum noſtrorum conſilio.de verb.ſign.*

Verum enimvero,† *ſi d.clem.exivi,§. cupientes,* 71
*& d.conſtit.ad conditorẽ,*in ſpecie,& tantũ de Fran-
ciſcanis fratrib. minoribus differentes, nec non
Batto.*in d.auth.ingreſſi,ibid.*Bar.Caſtren.Iaſ.& re-
liquos,& Bar.*in tract.min.& in auth.ſi qua mulier.
C.de SS.Eccl.Ang.Matth.d.c.4.n.2.3.4.5.6. §.ſuc-
ceſſio* ac reliquos ſupra allegatos inſpiciamus, nõ
facile hoc de Ciſtercienſibus affirmandũ eſt. Nã
teſte Bar.*in d.tract.minor.& in d.auth.ingreſſi.* cæte-
riſq; Dd.fratres quidem minores,qui ſunt de re-
gula S.Franciſci, ſucceſſionum incapaces ſunt tã
ex regula,quam ex ſuis conſtitutionib. quia per-
fectiſſimam ſeu altiſſimã paupertatẽ ex regula,p̃-
fitentur , ut author eſt Joh.XXII.*in extravag. ſi.
per tot.& inprimis, §. Nec obſtat q̃ dicunt Innocentius
de verb.ſign.Ioh.Dile.de arte teſtandi,tit.1.caut.11. Iul.
Clar.§.teſtamentum,recept.ſent. q.29.Anto.Gabr.re-
cept.ſent.li.4.de here.inſti.cõcl.1.per tot.Bar. in d.tract.
de minor.li.1.& 4.Matth.Mattheſil.de ſucceſ.ab inteſt.
art.3.prin.n.40.*ut nihil proprii,ne quidẽ in com-
muni habere poſſint,*Bar.in l.1.qui teſtam.fac.poſ.
Ioh.Vincen.Honded.conſ 62.n 32.vol.1.* Cæteri v.or- 72
dines omnes non ex regula,ſed ex ſuis tantũ cõ-
ſtitutionib.paupertatẽ profitentur.Itaq; etſi pro
pter votum nihil proprii habere poſſunt,in pro-
prio,h.e.in particulari,privatim & ſibi quaſi pe-
cũliũ quoddam;in communi tamen habere poſ-
ſunt,& ſic heredes fiunt tam ex teſtamento quã
ab inteſtato,*teſte Feli.in d.c.in præſentia,extr. de pro-
bat.Didac.Couvar.ad c.2.n.6.de teſtam.Iul.Clar.§. te-
ſtamentum,q.29.Iaſ.in d.auth.ingreſſi,n.24.Specul.de
ſtatu Monach.in pr.in 3.& 4.q.Decio conſ.674.n.5.te-
xtus expreſſus in d.l.Deo nobis,C.de Epiſcop.& cleric.&
cõmunẽ teſtatur Anto.Gabr.d.li.4.de here.inſtit.concl.
1.n.10.19.23.*uti iudicatum & in Camera eſſe te-
ſtatum ſit *volu. 3. Camera.Gylman.quæſt.controverſ.
verb.hereditas,* nõ q̃dẽ ut ipſi Monachi vel Mona-
chæ

chę in proprio habeant,sed ut monasteriũ id ius, quod monachi est,in commune sibi vindicet, ꝓ usu communi. Et diserte ait Matth. Matthesil. *d. art.3 prin.n.*40.fratres minores,S.Fracisci sc. incapaces esse ad succedendum ab intestato; secus a.esse in aliis religiosis,*ut d.l.Deo nobis,§. hoc cognito,ibi gl.C.de Epis.& cleric.ibid.Bar.Bal.Castr.* Et addit Matthesil.tales monachos & Monachas posse ab intestato succedere omnib. agnatis suis & cognatis.Qua generali affirmatione utiq; etiam Cisterciens.contineri nulli dubium esse potest.
73 Quilibet†n.capax præsumitur,nisi qui in specie exceptus docetur,*Rol.à Vall.cos.67.n.15.vol.3.* Cistercienses a.in specie excepti non reperiuntur, ut minoritæ.Non ergo de Cisterciensibus idem statui circa successiones potest,quod circa mino-
74 res Franciscanos.Quod†tanto magis in Cisterciensibus est,quia in communi bona possident, & possidere possunt,neq; ex regula sunt mendicãtes.Sunt n.de regula S.Benedicti,sed vitam& disciplinam arctiorem degentes,*Anto Florent.2.par. histor.tit.15.§.18.Polydor.Virg.3 de orig.rer.c.1. Bart. Cassane.gloria mundi par.4.consid.*58.Imo& arctiorem quam agunt Camaldulenses,qui & ipsi regula S. Benedicti vivunt,*Cassan.glor.mundi part.4. consid 59.*Regula a.S.Benedicti, etsi nihil cuiquã monachorum,nisi de licentia Abbatis, permittit in proprio,in communi tamen,& sic permittit eos esse hereditatum capaces,*Ludov. Bologn. in addit.ad Matthes.d.art.3,n.43.per notat.in c.1,ext. de reg.domib.& in c.generali,de elect. 6.* Capaces igitur earum sunt & Cistercienses.Idq; tanto magis admittetur.Nam & his,qui regula D. Augustini vivunt,in communi habere,& hereditates capere concessum est,*Clar.d.quæst.29.*Proinde hic nobis quæstio est non de monachis,sed de monialib.
75 At†monialibus S.Claræ,etsi de ordine ac regula sint S.Francisci,concessum tamen est,ut bona, ẽt in communi habeant,atq; ita successionũ capaces sint,*Bar.in l.1,ff qui testa.fac.& in auth.si qua mulier.C.de SS.Eccl.Feli.in d.c.in præsentia, n.55. ext. de proba Cardin.Zabarel.in Clem.ut professores,colum. ultim.vers.septimo quæro.de regularib ibid. Ioha. Andr. post gloss.in Clem.1.verb.obedientiam,de relig domib.& in clem.cum ex eo.in verb.tertio de sent.& re jud.Capy. decis.10.n.1.Phanu.de Phanuc.de lucr.dot. in gl. incip. per mortem,n.20.vers.nec in terminis.Nicol.de Vbald. de success.ab intest.part.2.de success.cleric.n.*8.qui dicit, quod omnes moniales S. Claræ prædicatorũ,& aliæ,ẽt,quæ ꝓfitentur regulam mendicãtiũ,sunt in statu nõ mẽdicantiũ &possunt possidere bona saltẽ ex privilegio,ne occasione ꝗstus habeãt vagari,q̃ vagationem iura abhorruerunt, non solũ in mulierib.religiosis,sed ẽt in secularib. Quam opinionem ẽt probat Jac.Æmil.*cons.155.n.2.* qui vult id sine distinctione monialium & absq; dubio procedere,stante Bulla Urbani Papæ IV.qui regulam S.Claræ instituit & disposuit, quod sorores illius Ordinis possint succedere in hereditatib.& habere proprium in communi.Quod & Clarum est ex Concilio Tridentino *sess.25.c.3.* ubi omnia monasteria tam virorum quam mulierum,exceptis Capuccinis & minoribus fratrib. de observantia,habilitantur ad possidẽdum bona.Cui etiam Johan.Cephal.*cons.56.num.46.volum.1,*adstipulatur,ubi dicit,S.Claræ de observãtia moniales esse quidẽ Incapaces bonorũ & hereditatum in particulari,esse vero capaces in cõmuni Quod idem Jo.Cephal.ẽt inculcat *cons 98. n.7.vol.1,*ubi iura hos,qui sunt de regula S.Francisci de observantia, incapaces hereditatum, legatorum & annuorũ redituum facientia, dicit, omnia loqui de fratrib.mendicantibus,non a.in monialibus S.Claræ,quæ licet in particulari sint incapaces,sunt tamen capaces in cõmuni. Quod si hoc ergo est in monialib.de observantia,q̃altissimã alioqui paupertatem ex regula profitentur, *d.clem.ex jure.d.consti.extraordi.lo 22.fin.de verb.sig.* quanto magis hoc admittetur in sororib.monialibus liberiore nempe S.Benedicti regula viventibus,uti vivunt Cistercienses, paupertatem ex regula nullo modo profitentes,sed tãtum ex cõstitutione sua? Quæ cum ita sint,facile ea,quę dubium nobis inijcere de iure posse videbantur,diluuntur. Primum n.ideo non obstat,quod hic ex lege,q̃ testator dixit,nõ succeditur:quippe quod hæc ad intestati causã pervenit,ut ex prioris quęstionis resolutione claruit. Deinde testator nihil eius intuitu Juris, sed arbitrio voluntatis disposuit. Actus autem agentium nõ egrediuntur eorum intentionem,per vulgata iura, Deniq; testatoris dispositio in his, quæ facti sunt, indicium facere potest,ut præsumatur,quid ei animi fuerit:at iuris determinatio in eius nõ est posita voluntate,*arg.l.nemo potest,55.ff.de legat.1.*

Ad†*c.recolentes,ext.de stat.monach.* respondetur 7
Pontificem eo loci non prohibere, quin Cistercienses in communi bona habeant ac possideãt, sed ne in particulari nec ẽt in communi habeant Jurisdictiones & villas.h.e.civitates cum iure superioritatis.Ita exponit post gl. Panorm. itemq; Feli.nec non Hostien.*in Sum.de statu monach. n.3. vers.sed etsi Abbates.*ubi ait:Abbates debent cavere,ne ipse ordo recipiat fidelitates iustitiarias, tributaria,villas & altaria habeat contra institutiones ordinis primitivas:alioquin cum aliis similem sentient in legibus disciplinam:& hoc caveant,inquit,Cistercienses *ins eodẽ c.recolẽtes* Et villas de oppidis,civitatibus & Universitatib. cum imperio & iurisdictione imprimis Galli proferre solent,quorum linguam Pontifex *in d.c.recolẽtes,*imitatus est,seq; eorum vernaculæ accommodavit:quippe quod in Cistertio provinciæ Burgundiæ Gallicæ in Diœcesi Cabilonensi hic ordo originẽ habuit,& cũ primis in Gallia atq; vicina Alemania tum tẽporis floruit,ut ex Anto.Florẽ. Polid. Virg.& Cassanęo in locis supra citatis apertũ est. Eãdemq; interpretationem suadẽt reliquã quæ ibid.sequuntur verba,quæ regimen & superioritatẽ omnia denotant.Nam,ut Panor. *in d.c. recolẽtes* testatur,nec nõ Feli.*in d.c.in præsentia.* Cistercienses cũ cæteris Benedictinis in regula quidem convenlũt,sed solis nigris cõcessum est habere villas, honoraria, iurisdictiones& iudicia, &c.non ẽt Cisterciensib.Sed et si Cisterciensibus *in d.c.recolentes.*uti fratribus minoribus de observantia *in d.c.exivit.de verb.sign.in 6.& d.Clem.exivi. eod.d.constit.ad conditorem,& fin.eod.in extrav.* Pontifex ademisset capacitatem hereditatum & bonorũ,tamẽ illud ad Moniales nõ esset extẽdẽdũ, per authoritates&rationes supra recitatas.Siqdẽ quo ad hoc ad disparia monachi & monachę differ

fer

sette iudicantur, nec adiaphoron censetur: ideoque regula, de qua *in d. l. 1. d. l. pronunciatio, de verb. sign.* hoc casu cessat, neq; potest et propter manifestam diversitatis rationem locum habere hic, quod alias in disputatione de statu, obedientia, correctione, relaxatione, similibusq; eadem, quę de Monachis dicuntur, & ad moniales pertineăt.

Ludovici Bologn. sententia aut aperte falsa est, aut alio sensu explicanda: nempe quod loquatur de villis, h. e. civitatibus & iurisdictionib. non ēt de cæteris, quæ possunt secundum primævū regulæ sensum in communi possidere, iuxta allegatum c. recolentes.

77 † Nam & alias oportet Dd. dicta secundum allegata intelligere, *Bar in l. nō solum, §. si liberationis, n. 7. ff. de libera leg. Wesem. consf. 50. nume. 2. cons. 50. n. 20. Menoch. cons. 90. n. 55. cons. 112. n. 38. cons. 136. n. 25.*

Quartum ex præmissa distinctione declarationem accipit. Et si quidem omnes iurant paupertatem in particulari, non tamē omnes in cōmuni, solis minorib. fratribus de observantia exceptis. Sic & quintum non absolute, sed secundū quid, nempe de iisdem iam dictis Minoritis accipiendum est.

78 † Omnes quidem mundo moriuntur *d. l. Deo nobis*, quoad opera & vanitatē eius, nō tamen quoad iura sua & hereditates, ut multis authoritatib. probatū est, & patet *ex d. l. Deo nobis.* non quidē quod omnia illa sibi habeant, sed Monasterio, cui se mancipant, acquirant & adiiciăt, *d. l. Deo nobis, d. auth ingressi, cū ibi annot. d. auth si qua mulier. C. de SS Ecc. Clar. d. q. 29. Dec. d. cons. 674. n. 5.* qui dicit, tam Monachum quā monialem succedere & ex testamento & ab intestato, perinde ac si non esset ingressus ingressave religionem: nēpe ut Monasterium habeat, *Burs. cons. 63 nu. 25. & 26. Aluis. de Alber. singu. 216. Boër. decis. 348. n. 1.* Deniq; etiamsi omnia in Monachis Cistercienfibus sese ita haberent, tamen in Monialibus eiusdem professionis cessarent, ut modo in S. Claræ sororibus de observantia vidimus.

79 Hinc † ergo constat iure civili & Canonico A. K. ab intestato fuisse successuram, & cum ei vivæ hæc successio ab intestato delata sit, eā & in Monasterium trāsmisisse, *Aluis. de Alber. d. sing. 216. Nicol. Boër. d. decis. 348. n. 1. & decis. 83. n. 1. decis. 320. n. 9. Burs. d. cons. 52. nu. 42 cons. 63. n. 25. & 26. cōs. 199.* Et quod transmittat etiam non aditam in Monasterium, Canonistæ communi calculo comprobăt, Panor. & Feli. *in c. in præsentia extr. de proba.* tā etsi legistæ negent, *Bar. in l. 1. n. 24 ff. de vulg. & pupill. substit. & Andr. Fachin. 6. controv. c. 18.* distinguat, an sibi delatam sciverit mature antequam decederet, vel ignoraverit, ita ut monasterium intra 30. annos petitionem hereditatis exsequi possit, *teste Fachin. d. c. 18.* Partem igitur A. K. faciet, & in numero heredum erit, non obstante, quod fuerit Monacha & mundo mortua sit, ut in simili casu de Monacha S. Claræ respondit Joh. Ceph. *d. cons. 56. n. 47. li. 1.*

Videndum ergo iam est de Privilegio, vel potius statuto Comitatus Marchiæ Westphalicæ. Alterum n. quod an. 1508 publicatum est, statutum esse nullus dubitat. Sed nihil interest, de utroq; a. & in genere & in specie quæstio moveri potest. Et quidem in genere primo quæritur, utrum hoc statutum vel privilegiū utcūq; valeat, & anne potius sit ipso iure nullū? † Videtur n. cōtra libertatem Ecclesiasticam, & sic nulliter factū 80
per auth. cessa. C. de SS. Eccl. ubi Dd. quo personæ Ecclesiasticæ à legitima & testamētaria successione removētur, ut reddantur timidiores, & religionē nō facile ingrediantur, scientes, ꝙ si hoc faciant, se successione iureq; suo carituros, prout in terminis prope concludit Feli. *in c. Ecclesia S. Mariæ, n. 78. ext. de const.* ubi testatur, receptā hanc esse cōclusionem, quod si statutum expresse Moniales excludat, non valeat, idq; indistincte Barr. *in l. fin. C. de pact. in d. l. Deo nobis*, & alios tenere asserit, ita tamen, ut hoc limitent procedere, ubi statutum præcedat ingressum, & utat͂ verbis præsentis tēporis, nō præteriti vel futuri, dicēdo, quod ingrediens Monasteriū non succedat, &c. Et sic cōfert effectum suum in tempus, quo tempore adhuc laica est. Verum in hoc nostro casu verba dirigūtur in eam, q̄ iam monialis est, ut ideo huc illa limitatio nō quadret. Deinde post Castr. *in l. si quis id. ff. de iurisdict. omn. jud. Bal. in l. omnes, populi, vers. sed quid si statutū dicat, ꝙ Monachus, ff. de just. & jur. Ancbor. cons. 268.* pro & contra, & alias testat͂ Feli. *d. loco*, hanc limitationem non esse veram, nec sic quidem statutum valere: quia etsi diceret, in præsenti, *Ingrediens*, postea tamen subdit, *non succedat*: quæ vox futuri est temporis, & sic se refert ad tēp⁹, quo delata est successio. At eo tēpore invenitur Monacha. † Nō ergo potest statutum eam alligare, cuius autori non est subiecta, *p d. c. Ecclesia S. Maria, ext. de consti. c. 2. c. 4. c. si diligenti, c. seq. c. significasti, ex. de for. cōpet. Castr. cons. 157. n. 1. vol. 2. Io. Vincen. Honded. cons. 11. n. 12. vol. 2.* Item, quia traheret, inquit, voluntatem monachādæ à proposito religionis: Ergo nullū, *§. sed hoc præsenti, Novel. de sanctiss. Episc.* & esset contra libertatem Ecclesiasticā: quia timidiores efficiuntur ad ingrediendum, & per ingressum redduntur deterioris cōditionis. 81

Quando † a. quæstio est, quodnā statutum intelligatur contra libertatem Ecclesiasticā: etsi quidem tres ea de re sint opiniones, una, quod illud dici debeat contrarium libertati Ecclesiasticę, ex quo diminuuntur vel tolluntur privilegia cōcessa clericis à Papa vel Imperatore uti clericis, *secūdū Cynum in auth. cassa. C. de SS. Eccl. Bal. in l. cunctos populos, C. de summa trinit.* altera, quod si impediūtur facere ea, quæ à iure communi sibi sunt concessa, tum adversari libertati Ecclesiasticæ, *secundū Anto. de Butr. & Imol. in d. c. Ecclesia S. Maria.* Tertia, imo etiā, ex quo clerici fiunt timidiores, *Bart. in l. 1 ff. quar. rer. actio non datur*: hæc tamen posterior concurrens cum una præcedentium magis recepta videtur. *Corn. cons. 114. vol. 2. cons. 278. nu. 5. vol. 1.* Indistincte igitur obtinuit tale statutū non valere, reiecta prædicta limitatione & restrictione Bartoli, *teste Panorm. in d. c. Ecclesia S. Maria. Ias. in l. fi. n. 24. 25. & 26. C. de pact. ibi. Dec. n. 28. Rol. à Valle cons. 1. 3. 5 n. 26. vo. 3. Burs. cons. 151. n. 69. vol. 2.* 82

Verum his non attentis, existimo utrumq; statutum Clivense & Marchiæ Westphalicæ valere, & antiquum lit. Q. & recentius litera S. notatū. Primo † n. expeditū est, quod ius ac potestas succedendi iuris est solius civilis, præsertim ubi de collateralium successione quęritur, ut late deducit Fern. Vasq. *de success. crea. li. 1. §. 1. in princ. & §. 20.* Potest igitur hoc ēt suum inventum & beneficiū totum 83

totum tollere, *arg.l.nihil tā naturale,ff.de reg. jur. c. omnis,ext. eod.l.6.l.fi.de accepti.l.fi unus,§.pactus ff.de pact.* multoq; facilius mitigare vel limitare, præsertim cū hoc fiat ex causa rationabili, quia forte plus æquo Ecclesię & monasteria cœpissent ditescere: Nā tunc nullius magis interesset, q̄ ipsorū monasteriorum huiusmodi exempla nō admitti q̄ faciunt plus æquo ditari, ut exēplo inquit Vas. *1. de success.progress.§.2.nu.36* in Alemania & Francia seu Gallia. Atq; certe hanc rationem satis iustam aperte ꝓfitetur edictum an.1508. publicatum: ut ꝓbabile sit, eandem & priori occasionem præbuisse: tum ēt ut familiæ conserventur. At non tam conservarentur, quā destruerentur, si omnia iura omnesq; successiones indistinctè una cū ingredientib. monasterium cedere deberent. Quod ergo lege civili eis datū fuit, potuit diversa ēt lege
84 civili eisdem adimi. † Neq; ratio illa in hoc casu concludet, imo vera non est, ut Fern. Vasq. *d.§.2. n.37.* eleganter ostendit, ꝙ sic ab ingressu religionis retardent̄ homines, & sic libertas Ecclesiastica imminuat̄. Cur n. magis quis movebitur monasteriū ingredi, qa sciat se in seculo hereditates nihilominus obtinere posse: Scit idem, nihil eius ad se, sed ad monasteriū tātum pertinere posse, ꝑ *d.c.recolētes,cū seq.ext.de stat.monach.* Quod si ignoret, decipitur, & frustra metuit, ꝙ non est, frustra que sperat, ꝙ ei non cōtinget. Sed nec pœnę hęc impositio esset, sed iuris denegatio: qua denegatione nullo modo libertas minuit̄, *l.1.C de inst.& subst.l.cū tale.§.rescriptū.ff.de condit.& demōst.* Sed & Andr. Tira. *de jur.primog.q.43.n.10.11.12.13.& seq.* de hac re differens satisfaciendo Salic. & Dec. accōmode defendit, posse hoc statutū valere, dum recto in seculo manentib. hoc ius statuto sit quę-
85 situm. † Quibus adde, q̄ in eandem ꝓpe sententiā scribit excellentiss. Practi. And. Gail. *2.prac.obs.32. n.6.7.8.9.* ostendens Reip. interesse & ad bonum publicū spectare, itemq; ad cōservationem familiarum & agnationum, ut bona perpetuo ad Ecclesias & monasteria non transeant: neq; hoc pugnare cū Ecclesiastica libertate, cū persona Ecclesiastica per tale statutū non gravet̄, sed potiꝰ subditorum potestas limitet̄. Deinde non totaliter his utrisq; vel privilegiis vel constitutionib. monachi & monachę excludunt̄, sed monachæ dotatæ, ita ut in casum nō ꝑstitæ dotis, eis lit. Q. re-
86 servetur integra hereditatis portio. † Nā tale statutū, quod dotatā monachā à successione excludit, valere nec libertati Ecclesiasticæ adversari, ipse fatetur Felin. *in d.c.Ecclesia,S.Mariæ,d.n.79. vers. Caterū quia cōmuniter,post Bar.in l.1.§.si patrēs,ff.si quis à paren.manum.Bal.in l.quoniā,Novel.in fi.C.de inoffic.testa.* Quod tanto magis hoc casu obtinet, quia etsi filia in seculo maneret, nō tamen ex hoc statuto ei ultra dotem iudicio ꝓximorum arbitrandā quid deberetur, uti statutū ipsum innuere videtur: nisi ꝙ dos monachę constituenda ad certū annuum hoc statuto redigitur. Quod si monialis ꝓpterea excluditur, quia fœmina sit & dotata, nō est dubiū, quin statutum eā afficiat, qa non afficit eā simpliciter ut talem, sed ut fœminā, *Io. Vitt. Hōded.consf.11.nu.37.vol.2.* Deniq; hoc Clivense, sive marchiæ, quod & Juliacense vocatur, statutū valere, ac secundum id in Imperiali Camera 3. Oct. an.1560. iudicatum esse, testatur Gylma. *in 3.Symphorē.li.1.verb.statutū.fol.326,* cū publicum habeat

favorem. Quia v. prædictum statutum monialem totaliter non excludit, neq; ēt simpliciter, sed accepta dote: igitur incapacem eā non fecit, sed successionem perinde ei ac si in seculo mansisset defert tantum hac optione coheredi data, ut is aut nondū dotatā dotet, eiq; constituat aliquid annui loco dotis, aut ei partē suā in utilitatem monasterii transferendā permittat: Quo quid aliud efficitur, quā qui heredū numero monialis venit & sic partem facit? licet eā non capiat totā *arg.eorū,q̄ scribunt Nic.Boë.decis.104.Fab.de Anna,cōs.25.n. 42.Tib.Decia,resp.46.vol.3 ꝑ totū resp.Ioh.Ceph.d.cōs. 56.n.46.& 47.* ubi in specie de moniali d. Ileiens, asserit, monialem partē facere, monasterio sc. attribuendam, ni vice eius hoc annuum ei constituatur iuxta statuti huius ordinationē. Quod certe hoc nostro casu tanto magis ita se habet, quod quæstio est, non de paterna maternave (de qua in terminis statutū agit) sed collaterali successione: & circa collateralē statutū nihil innuet, nisi hoc ꝙ mortificari non debeāt bona, iuxta constitutionē an.1508 factā, de qua sub li. S. statuta † itaq; stricti, 87
imo strictissimi sunt iuris, *Rol.à Vall.cons.55.nu.13. vol.1 ꝑ l.ꝙ vero.ff.de legib.c.dilectus,ex.de cōsuet.* & extra casus expressos ac successionis terminos præfixos non extendenda, *Bal.ad c.1.vers. ꝗro qui de his, qui seu.dare poss.cōsue.feudal.* & ideo ad unguē observanda, *Rol.à Val.d.cōs.55.n.13.* atq; interpretāda ut minus lædat̄ ius cōmune quā est possibile. *Rol.à Val.d.cōs.55.n.14.ꝑ l fi.§.in cōputatione,C.de jur.delib.& cōs.63.n.3 cons.72.n.57.vol.1 Io.Vin Honde.cōs.10. n.3.vol.1* præsertim eo casu, ubi correctoria iuris communis sunt odiosa, uti hic: siquidem favori Ecclesiastico eradantur, ex communi Legistarū & Canonistarum sententia hæc statuta adversari; Odiosa a. sunt restringēda, non amplianda, *c.odia. de reg.jur.6.* ut cū alias quod statutū non dicit, nec nos dicere debeamus: illud ampliando, *Io. Vinc. Honde.cōs.6.n.25.vol.1 ꝑ l.si servū,§.nō dicit Prator, ff. de acq.here* hic quoq; fateamur, casum in statuto non decisum manere sub dispositione iuris communis *l.cōmodissime,ff.de libe.& posth.l.si extraneus, ff.de condict.dat.caus.nō sec.Dec.cōs.71.n.2.Anto.Natta,cons.463.n.12.* Jure a. communi tā civili quam Canonico monialis de reg. S. Bened. & Ord. Cisterci. ad successionē omnium agnatorū & cognatorū, tā ex latere, q̄ in recta linea vocatur: cū & de reg S. Franc. & Ord. S. Claræ moniales hereditatū capaces sint, ut iā ante vidimus. In † medio igi- 88
tur hæc matertera A. K. exsistens facit, ut dici nō possit hanc hereditatē solis prædefunctarū sororū filiis delatā esse, & per consequēs divisio non fier in capita ex Azonis recepta & per Car. V. cōstitutionē apꝓbata sententia, veluti inter fratrū sororumq; filios solos exsistētes, sed iuxta *d. Nove. 118.c.3* fiet in stirpes, ita ut tres fiant trientes, quorū unus cedat omnib. filiis filiabꝰq; A. alter omnibus filiis filiabusq;. S. & tertius monasterio, si nō obstāte præscriptione vel renūciatione aut pacto vel repudiatione petere poterit aut certe, si hęc portio sit p̄scripta vel repudiata, aut non trāsmissa in monasteriū, aut adhuc pręscribat, cedat iure accrescēdi adeūtib. ꝑ ea parte, qua singuli heredes sunt, nempe ut illius trientis dimidia portio cedat filiis filiabusque A. altera S. filiis filiabusque.

Neq; obstat, ꝙ A. vivens nihil ab intestato pe-

petiit, quod legato contenta dispositioni fraternę acquievit, & sic heres actu neq; sit neq; fuerit. Nam cum legatum ex testamento nacta non sit destituto, sed ex clausula codicillari ei adiecta, ut legata salva essent, nō videtur propterea ēt repu-
89 diasse hereditatem sibi ab intestato delatā. † Deinde etsi repudiasset, cū tamen ex momento delationis, h. e. ex tēpore mortis eius, cui succeditur numerus heredum ab intestato venientium æstimandus sit, & nō ab eventu, ad q̄ portionē hereditatis lege quisq; invitetur, *arg. d. Novel. 118. c. 2. & c. 3. l. 2. C. de SC Orphi Wes. conf. 13. n. 19. vol. 1.* ex eo, quod A. portionē suā postea repudiavit, nō potest concludi, quod propterea hæc hereditas, non sit in stirpes, sed in capita delata, cū lex nō in capita eos absq; A. vocaverit, sed una cū A. in stirpes, *d. Novel. 118. c. 3.* Neq; dicere possunt, Angelæ portionem ad se pertinere iure successionis delatæ & aditæ, sed sibi iure accrescendi accessisse, *Ias. in d. auth. novissima, n. 50. Bal. ad l. 2. col. 2. vers. modo ergo quaero nunquid, verb. sed cum decesserint mortua matre, C. ad SC Orphic. post Dyn. ad l. plane, §. si conjunctim, ff. de lega. 1.* Nā qualis quantusq; heredum numerus fuerit, attenditur tēpus mortis, *Bal. in d. l. 2. vers. modo ego quaero, & seq. Ias. d. n. 50. Wesem. d. conf. 13. n. 19.* ut partem facere dicantur, *Bal. in l. unic. §. in primo, col. 11. C. de caduc. tollen.* ita ut ēt deficientis portio ad adeūtes non pertineat iure primo, sed secundo, nēpe accretionis, *secundū Bal. d. loc.* Quia a. tempore quo mortuus est H. K. Angela superstes fuit, imo tum ēt, cum P. & N. anno 78. adirēt hereditatem, superstes erat. Cum ergo statutum A. non faciat hereditatis omninò incapacem, sed pro viva, pro capace sit censenda, nō possunt videri heredes adeuntes eam hereditatem singuli pro maiore parte adiisse, quam pro qua parte eis delata fuit.

Quod si A. nō agnovit, si defecit, si repudiavit portionē suā, habebūt quidem & illam quoq; hi coheredes, verū non ex prima, sed secunda acquisitione, ut Bal. *in d. l. 2.* loquitur, h. e. per iuris accrescendi authoritatem: Et per consequens, neutrū statutum quidquā in hoc prodest, ut A. heredum ab intestato vocatorū numero eximāt, & successioni in capita iuxta Caroli V. constitutionem lo-
90 cū faciat. Restat † ut de consuetudine videamus. Nā etsi nec consuetudo contra libertatem Ecclesiasticam introducta valeat, sed ea, quæ Ecclesiæ ecclesiasticisq; personis gravamen inducit, iudicis officio tolli debeat, *c. 1. ext. de consuetud. d. c. Ecclesia S. Mariæ, c. quæ in Ecclesiarum, ext. de constit. tex. in auth. cassa, C. de SS. Eccle. c. ad audientiā c. cū venerabilis, in fi. ext. de cōsue.* tamē ex causa rationabili, cuiusmodi ea est, de qua modo ex Vasquio, consuetudo legitime præscripta, ut *in c. fin. ext. eod.* dicitur, facilius toleratur, *gl. & Dd. in d. c. fi.* præsertim si & Clerici ipsi & monasteria antiquitus adversum se ita observari concessissent: uti in Gallia cōsuetudine introductū esse dicit, quod monachi & moniales non succedunt, neq; heredū numerum augēt, sed omnino pro incapacibus & mortuis habent̄, *secundū Nico. Boë. dec. Burdega. 354. n. 8. allegantē Masver. in pract. sua tit. de succes. & ult. volūt. n. 18. vers. itē p cōsuetudinē regni istius.* ac recitat Arestū Parlamenti Parisi. quod sup successione datū fuit adversus religiosum quendā ordinis Cluniacensis: quem ordinem esse ēt de regula S. Benedicti, ut & Cistercienses, supra ex Cassaneo Catalogi gloriæ mundi *par. 4 consid. 59.* admonuim.⁹ Ut ideo nō dubitem, si requisita cōsuetudinis in his nostris terminis ꝓbari possint, ex ea si qua esset, hoc obtineri posset, ut successio hæc in capita deduceretur, non in stirpes. † Sed cū nihil de ea cō- 91
suetudine in facto mihi ꝓpositū sit, ac facti sit, de ea, ut JC. respondere non queo, quia probanda venit ab eo, qui eā allegat *gl. ad l. 1. verb. ꝓbatis his, C. quæ sit lōga consue. Dec. cōs. 358 n 8. conf. 550. n. 2. cōs. 402. n. 11. conf. 420. n 8. Paris. conf. 31. n. 14. vol. 2. Masc. de proba. cōcl. 432. n. 26.* nisi consuetudo sit notoria eo loci ubi causa & accidit & agitatur, *Dec. d. conf. 401. n. 10. cōs. 447. n. 12. cōs. 559. n. 9.* ità ut iudex eā ex officio supplere possit, veluti notissimā, & de qua nemo dubitat, *Crav. cōs. 850. n. 5. vers. & cū notissima.* Probāda a. erit specifice & in terminis terminantib. nempe quod frater vel soror religiosus vel religiosa Cisterciensis ordinis, & inprimis quoad K. ad intestati fratris aut sororis absq; liberis defuncti vel defunctæ hereditatem non sit admissus vel admissa, sed velut incapax, exclusus vel exclusa, una cū monasterio, ac pręterea prędefunctorum fratrum sororumq; filios filiasq; in seculo existētes, tali casu, quo patruus monachus vel matertera monacha extitit, nō in stirpē, sed in capita hereditatem semper divisisse. Ubi & reliqua, q̄ de probanda consuetudine tradit Myns. *resp. 12. n. 13. & seq. resp. 13. n. 19. & seq. Andr. Gail. pract. obser. 31. li. 2. & Masc. de proba. cōcl. 423. conclu. 424. & aliquot seqq.* diligenter erunt considerandæ.

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Pone, succedit nunc quęstio, utrum res feudales & emphyteuticæ solis cedant masculis, an vero una cum masculis fœminæ admittendæ? Et certe quod Emphyteuses attinet, multi quidem in ea sunt sententia, in his fœminas non succedere, exstantibus masculis, sed demum illis deficiētibus: idq; in primis ea ratione, q † feuda & em- 92
phyteuses æquiparantur ac de pari ꝓcedunt, *Eberhar. à Middelb. loc. legal. 29. à feud. & emphyteus.* In feudo a. aut fœmina omnino non succedit, *c. 1. §. hoc autē. de his, qui feud. dare pos. Zas. de feud. par. 8. vers. sup feudūs.* aut si aliquo casu succedit, non una cū masculis admittitur, *c. 1. § filia vero, de success. feud.* sed iis demum deficientib. *c. 1. de eo, qui sibi vel heredib. suis masc. & fœm. c. 1. § quinetiam, ubi Alvarot. Lauders. & reliqui. Episcop. Abba.* Deinde † ēt, si quis emphyteu- 93
sin simpliciter pro se, aut pro se & filiis suis acceperit, is hoc egisse non videtur, ut æque ad fœminas successores ac masculos heredes filios pertinere debeat, *Dec. in c. in præsentia, n. 46. ext. de ꝓbat. Ripa in l. ex facto. § si quis rogatus, n. 58. ff. ad SC. Trebe.* eāq; cōmunem esse opinionem fatetur Dec. *ad l. 2. n. 106. de reg. iur.* quia in contractibus masculinū non concipiat fœmininū *p l. veterib. ff. de pact. Alv. Valasc. de jur. emphyt. q. 41. n. 3.* Investituræ a. illæ, q̄ super rebus emphyteuticis, behandigte güter/ impetratæ sunt, simplicem habent, imo informem cōcessionem. Ad fœminas ergo non pertinebūt.

Cui † hoc ēt adiungitur, quod dantur coniun- 94
ctæ manui mariti & uxoris, & sic tantum ad vitā recognoscentium: ut ideo hæ concessiones emphyteuticæ mere personales esse videantur, quæ

una

una cum personis investitis exstinguātur, neq; ad heredes transeāt juxta reg jur. in l. in omnib. 68. ff. de reg. jur. Idq; disertis verbis, maxime in E. expressū est: vñ sollen alß dañ jhre Erben darzu kein ferner Recht/gerechtigkeit oð forderūg habē/noch behalten/rc. ut ideo frustra quæri videatur, an una cum masculis fœminæ istę admitti debeant: quippe q his investitis specialis gratia facta videri potest, q̃ ad alios non sit porrigenda. Cæterum† fœminas per masculos ab his reb. non excludi, sed una admitti debere iuri magis est consentaneum, secūdum receptam Bartoli doctrinam in l. ut jurujurādi, §. si liberi ff. de oper liber. Imol. in c. potuit. ext. de loca. & conduct. Petr. de Anchor. ad clem. 2. de jur. Patro. Sali. q. 17. Ias. n. 187. ad l. 2. C. de jure Emphyt. Berous in c. in præsentia, nu. 401. & seq. ext. de proba. Alvar. Valasc. de jure emphyt. q 41. n. 4. Iul. Clar. recept. sen. §. emphyteusis. q. 32. in pr. & n. 1. nisi patriæ consuetudo aliter se habeat, aut esset statutum eo loci, quod exstantibus masculis filia fœmina non succedat, Bar. in d. l. ut jurijur. §. si liberi Iason in d. l. 2. n. 187. Iul. Clar. d. q. 32. in prin. Alva. Valasc. d. q. 41. n. 4. vel diserte pacto investituræ aliud cautum esset, ut si pater restrictive pro filiis masculis, vel tantum pro filiis accepisset, Rol. à Vall. cons. 76. nu. 6. & seq. vol. 3. Iul. Clar d. q. 32. nu. 2. Dec. in d. c. in præsentia, nu. 46. ext. de proba. Ias. in d. l. 2. n. 193. C. de jure emphyt. Possunt n. contrahentes pacto efficere, ut non ad quoscunque heredes, quid ptineat pſertim citra emphyteusin p l. 1. C. de jur. emphy. §. adeo Inst. de loc. & cōdu.

Idq; omni dubio caret, si expresse ad solos masculos, vel diserte ad solos filios per particulā taxativam successio restricta sit.† At si simpliciter pro se & filiis quis accepisset, discrepantes sunt opiniones, ut Dec. in d. l. 2. nu. 106. & 108. de reg. jur. & Alvar. Valasc. d. q. 41. nu. 3. ostendunt. Nam cōtra Guidon. in l. veterib. ff. de pact. Archidia. in c. si quis suadente, 17. q. 4. Ripam. in d. l. ex facto, §. si quis rogatus, n. 58. ff. ad SC. Trebell. pugnant pro fœminarum admissione Salyc. in d. l. 2. C. de iure emphyt. Dec. in d. l. 2. n. 108 ff de reg. jur. Alcia. in l. 1. de verb. sign. dicitque Dec. in d. l. 2. num. 108. quod Guido & alii contendunt, in contractib. masculinum non comprehēdere fœmininum, in iure non esse probatum, sed potius contrarium p d. l. 1. l. pronunciatio, ff. de verb. signif. cū ibi annotat. præsertim in materia indifferenti, ut emphyteusis est. Alvarus Valasc. d q. 41. n. 3. vers. emphyteusis autē. Et quis ęquum dixerit, si quis pro se suisq; filiis prædium emisset, quod ad successionem prædii istius filię admitti nō deberēt? Nec quidquam contrarii per d. l. veteribus. probatur, ut quæ hoc tantum docet, q in dubio & ambiguo fit interpretatio contra venditorem & locatorem, quia apertiorem contractui legem dicere potuissent. At si hæc ratio hic attēdenda, cū dominus prædii in emphyteusin dati sit locator, emphyteuta v. conductor, l. 1. C. de jur. emphyt. d. §. Adeo, inst. de loca. & conduct. l. 1. ff. si ager vectigal. pet. utiq; hoc casu non cōtra emphyteutā eiusq; filias, sed contra dominum fiet interpretatio, ita ut intelligant̃ fœminę ēt comprehensæ. Deinde quādo quæstio est de successione inter filios & filias, quid huc illa regula in d. l. veteribus. cum de neutra parte dici possit, cur legem apertiorē contractui non dixissent? Ideoq; mihi semper verior opinio visa est, q̃ ēt hoc casu fœminas una cum masculis admittit ad successionem, dicitque Arius Pinel. in l. 3. n. 33. C. de bon. mater. hanc sententiam esse iuri rationi & æquitati omnino consentaneam, illā vero Guido. Archid. Ripæ & similiū esse his omnib. contrariam. Quod tanto magis hoc casu obtinebit, ubi non video restrictivā aliquam particulam, vel masculinitatem solam arguentem ullā vocem adesse, sed de iis una cum marito uxorem investiri: Nam tali casu una cum masculis succedere fœminas heredes, Alvar. Valasc. asserit in d. q. 41. n. 3. q & rationem habet, cum admittēdo uxorem emphyteutæ, q̃ alioqui nihil iuris in ea habebat, dominus approbet sexū fœmininū, velitque utrumque sexum eius esse participem. Atque ita primum, quod dubium movere poterat, nobis nō obstat. †Nam hac in parte feudum 97
& emphyteusis ad disparia iudicantur, §. emphyt. Nov. de nō alie. reb. ad Eccl. ptin. Nicol. Eberh. à Middelb. d. loc. 29. à feud. ad emph. n. 45. qa nec paritatem habent rationis, quo ad fœminarum successionem uti ibidem ostendit. Alterū & ambiguæ esse opinionis, & in hoc casu locum nō habere s̃ vidim⁹. Unde & tertium cessat dubium: imo vero ex eo, quod cōiunctæ coniugum manui datur, colligit̃, sexū fœmininū non excludi ab eius successione, sed una invitari, quippe sint eius conditionis, q utriusq; sexus manum postulent, secund. Alvar. Valasc. d. q. 41. n. 3. versic. ubi in fortiorib. terminis.

Quod a. in E. investitura der behändigtē güter/ (Nā & emphyteusi non ignota est investitura eiusq; titulus, Rol à Vall. cons. 50. n. 59. vol. 3.) in versi. vnd sollē alß dan jhre erbē/rc. dicitur, non adimit investitutorum heredibus indistincte ius succedendi: sed cū utriusq; coniugis manum adesse hæ res postulent, quorū alteruter nihil iuris nisi cōiunctæ illius manus habet respectu illius coniunctionis hæc verba fuerunt adposita: Quod si ergo eveniat, ut heredes ex utroq; suo corpore natos non habeant, sed tantum ex alterutro, hac clausula caveri voluit, ut iā successio harum rerū non ad sobolē, vel heredem eius, q ab initio nihil iuris ea in re habuit, sed ad ꝓximum sanguinis eius, à quo descendunt hæc bona. p gratiosā dominæ concessionem devolvant̃. Quā ob causam statim annectitur, weiter deñ was siegel vnd brieff außweisen/vñ die an vns oder vnserer nachkommen mit gnadē wiñen vnd werben köñē/rc.
Quæ†verba alioqui absq; operatione & effectu 98
polita viderentur, q iura non permittunt, Rol. à Vall. cōs. 55. n. 44. vers. itē sequerēt, in fi. vol. 3. cū ne q̃dem ullum verbū in dispositione humana censeri debeat appositum sine virtute operandi Bal. in rubr. C. de contrah. empt. & vend. q. 9. & in l. 1. post glos. ff. quod metus causa, Rol. à Val. cons. 62. n. 34. d. cons 55. num. 46. volum. 3. Non ergo frustra hic quæritur, an una cum masculis hæ fœminæ sanguine ꝓximæ admitti debeant: quia in his rebus succedit̃, non obstante prædicta clausula: quæ per aliā annexam clausulam declaratur. Et quamvis ista declaratio posterior in W. & aliis quibusdam investituris non annectatur, reipsa tamen inest, ut experientia quotidiana testatur, q̃ merito pro iure & lege servāt̃, arg. l. de quib. ff. de legib. l. 1. l. 3. C. q̃ sit lōga cōsuet. Sed & hæ res in hereditate repertæ ad coheredes omnes pervenere, neq; à directis dominis successio eis unq̃ fuit denegata, ideoq;

etiam here-

ēt hereditatio iure cēseri debēt, donec aliud doceatur, *per l. itē prædia, 10. l. heredes, 25. §. ꝙ pro tempore, ff. famil. hercisc.* De † feudis fortasse maior potest

99 esse dubitatio. Nā etsi quidē regulare sit, fœminā in feudis non succedere, hæc tamen feuda uti ex pacto dotali lit. A. aliisq; documentis, nec non ex renovatione investiturarum I. K. L. & M. notum sit, origine sua aut esse fœminea, aut hoc tenore seu pacto data, vel consuetudine & usu, imo statuto ēt Q. talia effecta, quod in iis nō solū masculi, sed & fœminæ succedant, & per manus fœmineas ad earū successores transeāt. In feudo n. fœmineo, *c. 1. de feud. fœm. c. de natur. succes. feud. c. 1. vers. ad filias. de succes. feu. fratr. c. 1. §. ult. de success. feud.* & ꝙ hoc pacto initio datum est, ut & ad fœminas trāseat, *c. 1. §. hoc autē notādū vers. nisi specialiter, de his, qui feud. dar. pos. d. c. 1. fi. de succes. feu. c. 1. in fi. de feu. March. d. c. 1. vers. ad filias, de succes. fratr. c. 1. § fin. in quib. caus. feud. amitt. c. 1. §. similiter, de Capitan. qui curiam vendid. Garz. de fœm. ad feud. recip. amplia 5. n. 28. Zas. par. 8. de feu. n. 38. Vulteius 1. de feu. c. 9. n. 37.* fœminæ succedūt, ut & ex consuetudine, *Iaco. de S. Geor. de feu. verb. & fœminis n. 9. Cur. jun. par. 3. de feu. memb. 1. nu. 10. Iul. Clar. in § feudū, q. 75. n. 9. Zas. d. par. 8. de feud. n. 42. Ioh. Schneid. de feud. par. 6. de success. fœm. nu. 30. Garzon. de fœm. ad feu. recip. restrict. 8. n. 110.* vel statuto ad feudū fœminas æque ut masculos invitante, *Iul. Clar. d. §. feudū, q. 73. n. 9. Ioh. Schneid. d. par. 6. de fœm. succes. n. 33. vers. tertio, Vultej. d. c. 9. de feu. n. 55. arg. §. naturalia, Instit. de jur. natur.* & quod iura feudalia nihil sunt aliud, quam consuetudines: ut ideo consuetudinibus ac statutis alterari, mutari & aliqua parte tolli possint, *per l. nihil tā naturale, ff. de reg. iu. l. prout quidq. ff. de solutio.* Sicut ergo hoc nostro casu horum feudorū fœminæ capaces sunt, ita ēt una cum masculis admitti debere dicendū videtur: & quidem in primis ex eo, quod ad emphyteuses, quoties earum capaces sunt, una cū masculis admittuntur, ut modo vidimus: Emphyteusis autem & feuda in multis, ubi aperte differentia non reperitur, æquiparentur, *Nicol. Eber. à Middelb. d. loco, leg. 29 à feud. ad emphyt. & loco 30. ab emphyteusi ad feud.*

Deinde & hoc testatator H. K. sensisse videtur, qui sorores suas, non autem filios in his feu-

100 dis succedere voluit. † At heredes ēt ab intestato voluntatem defuncti, etiamsi testamētum destitutum sit, merito sequuntur, præsertim quod facto suo approbaverunt, *Honded. cons. 76. nu. 34. 35. vol. 1. Tiber. Decia. Resp. 21. n. 53. vol. 2.* Quinimo id ꝙ fecit & voluit testator, ratum habere tenentur, *l. cū à matre, C. de rei vindi. l. 7. C. de resti. in integ. min. l. si ab eodem, C. de libera. causa,* ēt in re feudali, *Rol. à Vall. cons. 2. n. 40. 41. 42. 43. & 44. vol. 1. Zas. par. 8. de feu. n. 62. Decius consi. 185. n. 1. & 4. cons. 468. nu. 30. Meno. h. consi. 89. num. 67. 68. Lofred. consi. 1. num. 52. Hartman. Pistor. 2. quæst. 14. num. 1.*

101 Et † cum fœminea ut plurimum hæc feuda sint, una cum masculis fœminæ, quæ eiusdē sunt gradus & ad eandem hereditatem invitantur, succedent ex sententia Iacobi Cuiac. *1. feud. ti. 12. de success. feud.* Maiora, non coniugi ubi ait, Multum, inquiens, interest, feudum mulier habuerit, an feudum muliebre fuerit: nec enim omne, quod mulier habuit, muliebre est. Et in muliebri succedūt filii & filiæ æqualiter. Nec sibi credit adversari *c. 1. de feu. fœm. 2. ti. 30.* ubi initio ex sententia Oberti & Girardi dicitur: Si fœmina habēs feudū decesserit: qa fœmineum est feudum & sine pacto speciali, deficientib. filiis masculis ad filias ptinebit. Intelligit hoc n. non de vero feudo fœmineo sive muliebri, ut ipse appellat, sed de feudo, quod ex pacto & privilegio seu gratia habebat domini aut regionis more. Illud n. muliebre nō est: ideoque absq; speciali pacto deficientib. masculis, filiæ ei in eo non succedunt: idq; alios JC. Bulgarū, Martinum, Iacobū Hugelin. Frider. Imp. Cōsiliarios lōge doctiores & peritiores q̄ erat Obert. & Girard. sensisse putat, atq; ideo reprehendisse Obert. ac Girar. *in d. c. unic. vers. alij vero dicūt.* duplici argumento: primo, quia si ideo, quod est fœmineum, sine pacto transit in fœminas: eadē ratione, quia est fœmineum trāsit ēt in fœmineā prolē exsistētib. masculis. Sed hoc posterius in hoc feudo ex pacto & ꝓvidentia, sive ex gratia fœminæ cōcesso, falsū est: Verissimū a. in feudo vere fœmineo: Ergo & prius falsū est: cū tale feudum hoc modo demōstret, revera fœmineū nō esse. Alterū à clerico argumentū est: Si in clericū nō recidit feudū ēt quādo postea desinit esse clericus: certe nec in fœminā absq; speciali pacto recidit, quo fœmina morte sua excidit. At prius. Ergo & posterius: cū tamē clericus feudū habeat & cōsequi possit, ꝙ initio ita datū est, ut clericus id haberet. Ex quo consequens esse Cujac. arguit ex vera *d. c. 1.* sententia, in feudo vere fœmineo fœminas una cū masculis, & sic pariter succedere. Quod quanto tāto magis obtinebit, quod hi masculi una cū his fœminis ex linea fœminea ad eandē hereditatē in-

vitant: † ut ideo in pari causa paria iura admittere 102 debeant, *l. fi. C. de natu. li. l. 3. C. de inst. & subst. l. illud, ff. ad l. Aqu.* à primordio tituli posterior format eventus *l. 1. in fi. C. de impo. lucrat. descrip. li. 10. Tib. Decia. resp. 11. n. 52. vol. 1. resp. 32. n. 124. vo. 2.* Sunt iteq; hæc feuda hereditaria, ut tā ex investituris q̄ aliis documentis, adeoq; ipsa experientia constat. † In 103 hereditariis a. ut absq; sexus differentia succeditur, *Dec. cōs. 294. vers. tamē in nostro casu, cōs. 595. n. 11. cōs. 599. Curt. jun. part. 3. de feu. n. 62. Ias. in l. quadā, §. nihil interest, n. 2. ff. de edend. Paris. cōs. 23. n. 169. vol. 1. cōs. 65. n. 10. vol. 3 Rol. à Val. cōs. 3. n. 65. cons. 60. n. 49. cons. 96. n. 37. vol. 1. cons. 79. n. 34 vol. 2. Aym. Cravet. cons. 256. Burs. cons. 76. n. 17. Hieron. Garz. de fœm. ad feud. recip. restrict. 2. nu. 79.* ita ēt fœminæ cum masculis pariter admittentur ad divisionem, *authore Ruin. cōs. 16. n. 5. & cons. 39. vol. 1.* Hereditarium n. à cæteris reb. hereditariis non differt, venitq; in familiæ herciscundæ iudicium, perinde uti res q̄que alia hereditaria, *Sylva. cons. 30. n. 25. & 26. And. Gail. pract. obs. 2. obs. 154. in fin.*

Cui quinto hoc accedit, ꝙ P. & N. non simpliciter, sed ꝓ se & quibuscunq;, quorū interest, investiti sunt, ut latius ex tenore investiturarū apparet. Et licet in posteriorib. hoc nonnihil mutatū sit, quo tēpore C. D. V. P. Tutor investituras renovari fecit, hoc tamen, veluti sub. & obreptitie factū, nec nō contra conventionis placitum, his non nocebit: † cū nemini per alterū iniqua cōditio inferri debeat, *l. nemo debet, 74. de reg. ju. nemoq, possit cōsiliū suū in alterius iniuriā mutare l. nemo potest, 75. ff. eod.* Quinimo i ex prima investitura qsitū fœminis in hisce seu posteriorib. investituris 104

ris clam eis factis non potuit ipsis adimi, *l. id quod nostrum est. ff. de reg. jur. Laur. Sylvan. de feud. quaest. 38. Curt. jun. de feud. part. 2. n. 42. Io. Schneidew. 4. de feu. nu. 35. 36. 37.*

Sexto exstat transactio W. in qua convenit, ut ad usum omnium coheredum investiturae de his feudis communibus sumptibus impetrerur. Atq; hoc modo transactum inter coheredes videtur, ut absq; sexus discrimine ad feuda sint admissi: quia omnib. indistincte ꝓdesse debeāt in-
105 vestiturae. † Quod a. semel placuit, amplius nō displicebit: quodq; initio fuit masculis volūtatis, ex post facto evenit esse necessitatis, *l. sicut, C. de obli. & act. l. in cōmodato. §. si. ut. ff. cōmo.* Et qd opus fuisset sumptib. hereditariis cōmmunib. has investituras impetrare, si heredib. ꝓdesse nō deberent? At nihil frustra actum esse credendū est, nec credendū, iactare voluisse suum, aut donare coheredes foeminas, *l. cū de indebito. ff. de proba.* Nā cū & alias avarū genus sit mulierū, ut potius se obligent ꝙ donent, *l. 4. in fi. ff. ad SC. Velleja.* vix praesumere licet, eas cōsensisse in has expensas è cōmuni marsupio faciendas, ni lucrum cōmune cogitassent, idq; eius promissū esset. Septimo videri potest, ꝙ haec feuda cōmunib. impensis, operis & laborib. si non acqsita, saltē redempta sunt. Nā cum propter non praestitam cautionem usufructuariā ab heredib. S. V. N. H. K. Vidua omnes fruct⁹ ab an. 1578. usq; in annū 1602. perceptos repetere potuissent, ut iuris est notissimi, id per transactionem eo deductū est, ut pro restitutione feudaliū, quae heres S. pro meliorationib. retinere potuit,
106 remiserint hāc fructuū repetitionē † Atq; sic nō levi summa quasi redemerunt haec feuda. At foeminae ēt in feudo emptitio succedūt, ob id, ꝙ pretium ex allodio numeratum ad ipsas ꝓ virili pervenisset, si feudum emptum redemptumve non fuisset, *Iul. Clar. in § feudū, q. 73. n. 6. vers. cōtrariam Hier. Garz. de foem. ad feud. recip. restrict. 6. n. 101.* Succedent igitur & in his feudis. Siquidem ubi eadē ratio est, ibi ius idem esse oportet, *d. l. illud, ff. ad l. Aqu. l. fi. C. de natu. libe. l. fi. C. ad l. Falci. l. fi. C. de cōst. pe.*

Deniq; argumento statuti Q. videt̄ hoc probari. Nā cum stricte & tantum loquatur de filiab. & sic de descendentib. ut deficientibus demū masculis ad feuda admittantur, dicendum videtur à sensu contrario, diversum eodem statuto cautū esse, si ex transverso masculis & foeminis feudum deferatur *arg. l. 1. § hujus rei, ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. l. qui testam. §. mulier. ff. qui testam. fac. poss. c. cū virū. extr. de regulari.* Verum valde incertus sum, an per sententiā iudicis hoc obtineri possit? Etsi n. haec & multa eiusdem generis alia satis splendide in mediū adferri possunt, eiusmodi tamen sunt, ut aequum iudicem vix ac ne vix quidem à
107 communi regula dimovere possint. Tenetur † n. Iudex regulę inhaerere iuris, ubi diserte exceptio non docet̄, *Bal. ad c. 1. n. 2. & 6 extr. de alie. jud. mut. caus. & in l. si tutor in fi. C. de serv. pig. dat. manu. & in c. 2. de feud. dato invicem leg. cōmiss. n. 2. Dec. ad l. 1. nu. 8. ff. de reg. jur. Fel. ad c. quoniā, n. 4. extr. ut lite non cōtest. Wesemb. cons. 7. n. 7.* adeo ut exceptione non probata, seu in iure (quod idem est) non existente, si contra regulā iudex iudicaverit, litem fecisse suā dicatur, *Octav. Cacheran. dec. Pedem. 12. n. 2. Schrader. de feud. par. 10. ti. de ꝑson. min. prin.* essetque sententia nulla futura, quia contra ius constitutionis lata appareret, *l. si expressim. ff. de appella. l. 2. C. quando provoc. nō est necess. Bar. Ias. Duar. ad l. praeses, 27. l. aū placitu, 32 ff. de re jud.* † cum regula sit ius probatum, 108
ut qui eam pro se habet, fundatam, claram & indubitatam intentionem habere dicatur, *Ias. d. l. 2. n. 33. ff. si quis in jus voc. nō ier. Dec. n. 6. in d. l. 1. Zas. cōs. 22. vol. 1. Hier. Schurff. cons. 59. nu. 89. 10. cen. 1. Ever. à Middelb. loc. legal. 9. ab excep. ad reg. n. 12.*

Regula † autem est, quod foeminę, quotiescūq; 109
ad eas ēt feudum pertinet, non admittantur una cum masculis, sed tum demum, si masculi à primo acquirente nulli supersint, seu quando nulli masculi ad successionem concurrunt, *per tex. in c. 1. §. quinetiā Epis. Abba. c. 1. §. si de success. feud. c. 1. de eo, qui sibi vel here. Zas par. 8 de feu. n. 44. vers. secunda cōclu. Ioh. Schneide. de feud. par. 6. de success. ab intest. n. 38. Dec. ad l. 2. n. 55. ff. de reg. ju. & in l. discretu, n. 28. C. qui testam. fac. poss. Hippol. de Marsi sing. 411. Rol. à Val. cōsil. 68 n. 40. vol. 1. cons. 41. nu. 4. vol. 2. consi. 59. nu. 65. vol. 3. Tiber. Decia. Respons. 7. nu. 19. Resp. 24. n. 10. vol. 1. Resp. 58. nu. 1. vol. 2. Franc. Bursat. cons. 63 n. 6. 7. 10. Menoch. cons. 65 n. 17. Wesem. cons. 74. n. 21.*

Quod † adeo verum est ut quamvis per copu- 110
lam & Mänliche und Weibliche Erben / vel söhne und Töchter / vel per aequipollentia, cum masculis foeminae in investitura coniunctae essent, nō tamen una admitterentur. Non n. ex natura & conditione feudorū haec copula sensum, sed verba copularet, testibus supra citatis, & praeter hos Alvar. Laudens. And. de Isern. Barone à Tautenberg Ardizo, caeterisq; omnib⁹ Interpretib. feudalibus *in d. c. 1. §. quinetia Epis. Abba.* & ut Mynsin. *cent. 5. obs. 74. n. 3.* loquitur, haec copula ordinē insinuaret, h. e. ostenderet tantum, masculos ante foeminas ad successionem admitti, sicut in investitura priori loco masculi essent nominati: quod & Zas. *d. part. 8. n. 45. & 52 Nicol. Mozzius de feud. ti. de substan. feud nu. 87. & 98. Rol. à Vall. cons. 58. n. 67. vol. 3. Wesem. cons. 74. n. 18. & de feud. cap. 6. num. 22. in fi. & Io. Borchol. de feud. c. 7. part. 2. nu. 35.* probant: quicquid tandem Hotto. *in d. §. quinetiā*, in partē diversam disserat, de puritate linguę Latinę multa disputans *ex l. saepe, 53. & l. triplici, 142. ff. de verb. sign.* Quae quidem suo, non autem hoc loco obtinere possunt, ut ubi non est quaestio de puritate sermonis, sed veritate intellectus. † Et hanc re- 111
gulam adeo amplificant, ut & Schneide. *d. par. 6. n. 41. Rol. à Vall. cons. 84. n. 15. vol 4. Meno. cons. 400. n. 11. cons. 443. n. 62. Burs. d. cons. 63 n. 9. Paris. cons. 12. n. 14. vo. 1. Io. Borchol. c. 6 de feu n. 67. Rosenthal. de feu. c. 7. conclu. 85.* ex receptissima Dd. sententia testentur obtinere, si quis pro se & heredibus utriusq; sexus feudum acceperit foemina tamen non admittitur, nisi cum nulli superstites sunt masculi. Atq; hoc ēt ita se habere dicunt, si concessum sit ꝓ masculis simul & foeminis zugleich auff mänliche unnd weibliche Erbē / &c. Dec. *cōs. 109. vers.* Et licet ista: tametsi sint qui dissentiāt, veluti *Curt. jun. par. 3. n. 18. de feud. vers. & hāc limitationem, Zas. d. part. 8. nu. 40.* At vero iidem concedunt, si investitura facta sit, ut masculi succedant cum foeminis, daß es Söhne mit den Töchtern / &c. die weiblichen mit den mänlichen erben &c. non una & simul, sed foeminas demum succedere, si masculi deficiant, *Schneid. d. par. 6. n. 39.* licet & in hoc dissentiant Iacob.

cob.de S.Georgio *in verb & fœminis,n.*10. *Mozzi. de substan.feud n.87.Rol à Val.d.cons.*84.*n.*10.

112 Sed † & in feudo fœmineo vero ac mero hæc regula obtinet,ex communi & receptissima Dd. sententia Jul.Clar.*d.§ feudum.d.q.*73.*n.*4.*vers.sed hoc intellige ut procedat,Iohan Ferrar.Papiens.pract.in forma libelli ad revoc.feud.verb.nec superstitibus,nu.*2. *in fin.Iacob.d.S.Georg.verb.& fœminis n.*3.*Ioh.Schnei. d.par.*6.*tit.de success.fœm.num.*34.*in fin.& num.* 40. *Hartm.Pistor.lib.*2.*q.*34.*n.*18.*n.*23.*& seq. Curt.jun. d.part.*3.*de feud memb.*1.*nu.*3 *Nicol.Mozzius.de substant.feud num.*88.*Wesemb.consil.*74.*nu.*18. *Iohan. Borcholt.c.*7.*part.*2.*de feud.n.*76.*Sonsbec.de feud.part.* 4.*num.*28.*& part.*9.*nu.*123. Quicquid contendat Jac.Cuiac.*d.lib.*1.*tit.*12.*feudor per d.c.*1.*de feudo fœm.* quem refutat Dn.Vulteius *lib.*1.*feud.c.*9.*num.*49. *vers.etsi vero in feudo fœmineo,&c.* Qui ibidem vers. quam ad rem se accommodant. Testatur idem obtinere,si statuto & sic etiam si consuetudine fœminæ ad feuda admitterentur, nisi in specie consuetudo exstaret,quæ una cum masculis fœminas simul actu ad feuda admitteret,*ut num.*50. *vers.*quin autem consuetudine: subiicit.

113 Proinde † casus excepti regulam in casib. non exceptis confirmant,*l.nam & liquide,§.si.ff.de pen. leg.Bal.in l.*1.*§ sed excipiuntur.in l.fi.ff.de feriis.& dila. p l.tribunus,§.fin.ff.de milit.testam.Iason,ad l.*1.*Cod de verb.sign.per l.Lucius,§ plurib.ff.ad S C.Trebell.Felin. ad c.quoniã ut lite non contesta.Dec.ad l.*1.*num.*21.*& seqq ff de reg.jur.Tiber Decian.resp.*76.*n.*14.*resp.*123. *nu.*40.*resp.*124.*nu.*9.*vol.*3 *Menoch.cons.*230.*nu.*17.

114 Casus † a.hi excepti à prædicta regula inveniũtur: Primo si expresse hoc cautum sit in investitura,aut tacite: Expresse. **Daß die Töchter oder weibsbilder mit den söhnen oder männlichen Erben zugleich**: &c.ut pariter,ut æqualiter,ut simul & coniunctim,ut una cum masculis fœminæ succedant *c.*1.*§.item si quis casus,quib.fœmin.in feud.succed.Zas. par.*8.*de feud.n* 49.*ver.tertio fallit.Hartm.Pistor.d.lib.* 2.*q.*35.*nu.*25. Tacite,ut est in feudo franco,*d.c.*1.*in extraordin.Casus,quib.fœmin.succed.Hart.Pistor.* 2. *q.* 34.*nu.*36.*Clar.quæst.*73 *n.*7.*in d.§.feudum.* in feudo ad certum servitium,quod decenter etiam à fœmina expediri potest,*Iac.de Belvis.Alvaro.Bal.Laudens.in d.c.*1.*§.quinetiam.Episc.Abba.Corn.cons.*16.*nu.* 9.*cons.*239.*nu.*4.*vol.*1.*Paris.cons.*4.*n.*18.*vol.*1 *Iacobi. de S.Georg.verb.& fœminis,n.*10.*Hart.Pistor.*2.*q.* 34. *num.*37.*per d.c.*1.*in prin.ext.ordin.titul. Casus,quib. fœmin.succed.* Item si ita datum sit,ut in eo succedant fœminæ sicut masculi,*Zas.d.part.*8.*num.*49. *Pistor.d.q.*35.*n.*28.tametsi uterq; casus sit controversus, ut supra attingebatur, ut ideo non tuto huic exceptioni fidendũ sit. Secundo,ut ante dictum est,excipitur consuetudo,*Duar.de feud.c.*10. *n.*9.*Iaco.d.S.Georg.in verb.& fœminis,n.*9.*Zas.d.par.* 8.*n.*42.Cui tertio & statutum addimus,*Soc.consil.* 257.*n.*2 *vol.*1.*Schrader.de feu.par.*7.*c.*4.*n.*77.

In præsenti a.casu neq; expresse,neq; tacite actum video,ut una cum masculis fœminæ succedant:neq; & consuetudo aut statutum tale adest. Quin & statutum sub lit. Q. hoc potius probat, non una cum masculis fœminas admitti, sed iis demum deficiẽtibus. Quod si quis dicat,quia loquatur tantum de descendentibus,non de collateralib.igitur aliud observandũ esse in collatera-
115 lib.is † sciat omnes istas fœminas ad feudum admittendas,primi acquirentis esse descendentes, licet ultimo possessori vasallo sint collaterales, *arg.c.*1.*de natu feu.success.c.*1.*de feud.fœm.c.*1.*de eo q. p se & hered.suis masc.& fœm.* Concessũ a.est hoc privilegium,ut deficientib.demum masculis filiæ ac descendentes vasallorum non excludantur, sed admittantur,omnibus primo & secundo & tertio acquirentib.ut ultima filia primi acquisitoris
iure veniat.† Sciat hoc quoq;,casum in privilegio 116
vel statuto omissum, remanere sub dispositione iuris communis,*Tib.Decia.resp.*32.*n.*37.*vol.*2.*Anto. Natta cons.*323.*n.*40.41.*li.*3.*Io.Vin.Honde.cons.*6.*nu.* 26.*vol.*2.*per l.commodissime,ff.de liber & posth.* cum statutum tantum disponat, quãtum loquitur,& non amplius,*Bal.in l.testamentum non ideo & in fin. C.de testa.& in l.furiosi,per illum tex.verb. non loquitur,C.de nupt.Ioh.Ceph.d.cons.*323.*nu.*41.*&* 42. Manebit ergo & hic casus à statuto seu Privilegio illo omissus sub dispositione iuris communis,quæ est,quod prorsum nõ debet admitti fœmina, aut certe non una cum masculis,sed iis demum deficientibus. Quibus ita positis facile ea,q̃ dubiũ facere videbantur,removent. Nam non propterea,quia aliquo casu ex tenore investituræ vel feudi cõditione,ad successionẽ feudi fœmina admittit,ilico & cõsequens est,eã una cũ masculis admitti. Quin potius à masculis regulariter excluditur,*d.c.*1.*§.quin &.cũ ibi anno.& supra allegatis d.c. unic.d.feud fœm,d.c.*1.*§ fi.de success.feud.* Illatio igitur illa,ut à separatis hoc casu non procedit. Sic nec quidq̃ facit q emphyteusis & feudũ in multis cõveniunt. Nã,quo ad successionem fœminæ deferendam,ad disparia iudicari,neq; ab emphyteusi ad feudũ,vel contra recte inferri,supra ex Nicol. Eberh.à Middel.*in d.loc.ab emphy.ad feu. & loc.seq.*
pbatum est. Ex † dispositione testatoris H.K.nihil 117
certi colligi potest:primo,quia in feudis cessat omnis dispositio testatoris,*c.*1.*vers.nulla ordinatione de success.feud.cũ ibi anno.c.unic.§.donare,vers.aut iudicare,p anima,qual.olim pater feud.alien.Petr.Ravẽ. ad d.c.*1.*de success.feud.Curt jun.de feud.par.*4.*n.*25 *& seq.n.*131.*& seq.Schneid.de feud.part.*6.*n.*2 *&* 3. *Zas. d.par.* 8.*nu.*60,*Mynſ.cons.*92.*n.*2.*Andr.Gail.obs.*116. *n.*7.*&* 9.*li.*2. Deinde non potuit efficere,ut leges in suo testamento locũ non haberent,*l.nemo potest,*55 *ff.de lega.*1.Multo igit min⁹ potuit Ius mutare. Tertio,ex testamẽto nemo heres exstitit,& ita defecit,ut resolutione primæ q̃stionis vidim⁹. Quarto non possunt heredes id ratum habere,q defunctus nõ potuit efficere. Quinto,non ad q vis defuncti factum pertinet regula *in d.l.cũ à matre,C.de rei vind.* Deniq; admittendo testamentũ, idq;ratificando,hoc tantũ pcessit ex clausula codicillari,ut ante docebatur,ad effectũ legatorum ac fideicõmissorũ secundorũ. At clausula codicillaris huc se extendere nõ potest. Nihil hoc ergo
ad rẽ facit.† Tertiũ ex Cujac.adductũ speciosum 118
quidẽ est,sed,ut s vidimus,cõmuni calculo repbatum,ut ideo in foro nihil ex ea subtilitate sperare liceat,*secũdũ Afflic.in c.*1.*n.*18.*de natu.success.feu. Schnei.d par.*6.*n.*34.*vers.hãc tamẽ limitatio.Meno.cõs.* 443.*n.*60.*& seq.Burs.d.cõs.*63.*n.*9.*Moz.de substãtia feud.n.*88. Deinde Cuja.pro concesso psupponit, q est in quæstione,sc.utrum *d.c.*1.*de feud.fœmin.*agat de feudo, quod ex pacto & gratia ad fœminam pervenit, an vero de feudo fœmineo

vero ?

vero? At communis est sententia, de vero feudo fœmineo istum textum agere: pro qua inprimis facit inscriptio statim in principio proposita: tertio, quod vox, alii, satis arguit, contradicentium sententiam referri tantum, non approbari.

Cuiacius autem vult, agere de feudo, quod consecuta est fœmina ex speciali gratia & pacto, cum tamen à masculo originem habuisset, & sic verum fœmineum feudum, quod à fœmina prima acquirente ortum duceret, nō esset, idq; hoc argumēto, quia nisi ita intelligatur, contradictio & argumentatio eorum, qui Oberto & Girardo contradicebant, erit inepta. At cur necesse est, eā non esse ineptam? Sufficiat nobis, hanc ineptam esse, ut stet & vera maneat principalis assertiva propositio, quę initio facta est. Neq; apertum est uno mera est coniectura, hanc obiectionem Oberto & Girardo factā esse à Bulgaro, Martino, Jacobo, Hugolino. Cur ergo ex tā incerta coniectura firmi aliquid assumetur, quo perpetuo recepta sententia verbaq; text' assertiva in dubium & diversam partem trahi debeāt? Non n. per posterius, sed per prius, & sic in potentiore significatu verba in dubio sunt accipienda, *ut Alex. Raudens. in tract. de analog. univoc. & aequivoc. li. 1. c. 10. n. 15. & 13.* At si vox fœmineum & feudum fœminæ *in d. c. 1. & Rub.* accipiatur de feudo, quod fœmina habuit ex gratia & pacto, non de vero fœmineo, vox illa non per prius, sed per posterius explicabitur & in significatione minus potente accipietur. Non ergo decet in hoc dubio ita interpretari, sed cum communi tenendum est, agere de vero feudo fœmineo & sic nec in fœmineo, nedū in quasi fœmineo fœminam cum masculo una succedere, sed per existentiam masculi excludi.

Quibus ita discussis per se quarta dubitandi ratio eisperit. Si n. illud ita se habet in vero feudo fœmineo, quanto magis in quolibet alio, quod ad fœminam pertinere potest? Quod ne quidem Cuiacius neg avit, atq; ita omnium constantissima opinio est, in feudo fœmineo nullo, pariter succedere cum masculis fœminam, nisi expressis verbis in investitura hoc cautum sit, quod hic factū non videtur: aut tacite ex conditione feudi actum, quod nec hic apparet: aut deniq; statuto cautū, vel cōsuetudine inductum: quod nec hic in promptu est. Et cum sexus fœmineus in feudorum tractatu quàm plurimum à sexu masculino differat, non possunt hic masculus & fœmina ad paria iudicari. Quamobrem corruit obiectio, in paribus causis paria iura desiderari.

In feudo etiam hereditario prædicta regula obtinet, cum nullibi exceptum reperiatur. *Hier. Garzo. de fœmin ad feud. recip. restrict. 2. n. 86.* Quinimo,

119 † secundum frequentē multorum Dd. sententiā, in feudo hereditario mero, fœmina non succedit, nisi hoc in investitura cautū sit, aut consuetudo habeat, *ut Bal. sibi cōtrarius in l. cum virum, C. de fideic. & in c. 1. §. donare, n. 4 quali. olim poter. feu. alien. ibi Laudens. & Bart. à Tautenberg. Corneus consi. 199. n. 69 vol. 2. Ioh. Ceph. cons. 2. n. 15. vol. 1. Menoch. cons. 1. n. 456*, cum oporteat interpretationem hæredis fieri secundum subiectam materiam, *Dec. in c. in præsentia, n 42. vers. sed tamen in contrarium, ext. de probat. & cons. 414. n. 10. Meno. cons. 391. n. 1.* sitq; iuris feudalis regula, qua dicitur, qualitate feudi in uno mutata, non tamen propterea intelligi in cæteris mutatā, *c. unic. vers. sed qualitercunq; de feudo non habente propr. feud. nat. Vultei. d. c. 9. n. 40. versic. quod et ex vulgata illa iuris feudalis regula &c.* Et cū fateatur Garzon, *d. restrict. 2. n. 80*, hunc artic. adeo esse dubium, ut quo magis quis legat, eo magis se confundat, tutius est inhærere regulæ certæ & indubitatæ, quā incertæ vulgi opinioni. Nec igitur movet quenquam Ruini *d. cons. 16. n 5 & d. cōs. 39.* qui audacius certe locutus est q̄ oportuit, nec habet suffragatores, & multos, imo omnes contradictores. Et quamvis, quo ad causam seu titulum, nec non quo ad onera hereditaria, & quod nemo tale feudum repudiata hereditate retinere potest, ac q̄ sunt eius generis alia, nihil differat à cæteris rebus hereditariis, in modo tamen, nec non in sexu, fidelitate, servitiis cæterisq; feudorū propriis omnino differt, *per regulā in d. c. 1. de feud. non hab. prop. feu. nat. Bernhar. Walter. 2. miscel. c. 42.*

Quocirca † cum actus humani ex iure interpretationem accipiant, ac in dubio credatur, se contrahentes secūdum, iuris regulam cōformasse, *Ias. in l. post dotem, num. 32. vers. & concludit, ff. solut matrim. Bal. ad l. illa institutio. ff. de hæred insti. per l. 1. ubi Bar. C. de fals. caus. adiect. l. non dubium, C. de legib. l. quæro, §. inter locatorē, ff. locati, l. quidā cum filiū, ff. de verb. obl. Bar. in l. demonstratio falsa, §. 1. n. 13 vers. tertio quæro de effectu causæ, ff. de cond. & demonst. & in l. dominus, ff. de condict indeb.* nihil ex W. translatione & subsecutis investituris per P. & N. impetratis, pro mutā to iure feudali regulari elici potest: cū illa omnia accipienda sint cæteris parib. quatenus & in quantū cuiq; in iis reb. quid iure debetur: ut si cui nihil iure debeatur, nihil sit ēt ei p istas investituras acquisitum: quia renovationes tantū sunt iuris cōpetentis, non ex integro & iā primum acquirendi. Nisi ergo expresse hoc actū esse ea translatione & investiturarum renovatione doceatur, ac evidenter probetur, quod hę fœminæ una cum masculis admitti debeant, nihil spei in hac re pro fœminis ponendum est. 120

Sumpt' si qui ex bonis cōmunib. facti, si quid impensum, si quid compensatum, vel expensum in redemptionem vel reluitionem rerum feudalium, id officio iudicis in familiæ erciscundæ iudicium veniet, & fœminis coheredib. cōpensabitur, & sic refundatur pro rata cuiusq; portione: cum hoc iudicium sit bonæ fidei. *§. actionū. Instit. de actio.* At non propterea ius una cū masculis succedendi fœminis datum est: † cum ex magis recepta opinione ne quidē in empto feudo succedāt, 121
præsertim q ab alio quā domino emptū redēptūve est, *ut late declarat Hier. Garzo. de fœmi. ad feud. recip. restrict. 6. n. 102 103 104. & seq. And. Gail. 2 prac. obs. 151. n. 4 Zas d. par. 8. n. 37. & par. 12. n. 21. & cons. 8. n. 23 & 33. vol. 2. Io. Schneid. d. par. 6. c. 2. n. 22. Rol. à Vall. cons. 41. n. 12. vol. 4 Laur. Kirchov 2. cōmu. opi. cōclus 37.* & quidē integro pretio, ut nihil insit beneficii aut liberalitatis, *Cur. iun. de feud. part. 3. mēb. 1. n 8 Iul Clarus d § feudū. q 73 n. 6. Hier. Garz. d. restrict. 6. n. 104.* Postremum de statuto lit. Q. per argumentum à sensu contrario adductum supra nonnihil infirmatum est. Deinde † cōstat, etsi argumentum à contrario sit firmum, & evidens recte sumptum, *ut docet Nicol. Eberhard. in loco legal. 82. à contrario sensu, in princ. & nu. 2, 3. 4. & 5.* tamen 122

Cc 3 ubi

ubi non sumitur à defectu causæ finalis, quia nō recte sumitur, nihil probat, *teste eodem Nicol. Eber. ibid. nu. 5.* Causa finalis statuti illius est, ut feuda ex defectu masculini sexus ad dominum non devolvantur, sed ad fœminas quoq; transeant, & sic vasalli vitam pro domino fundentes sciant, filiabus etiam suis in defectum masculorum prospectum esse. Quæ ratio in ipso privilegio sive statuto exprimitur.

At hæc ratio & causa finalis non deficit, etiāsi non detur à sensu contrario fœminas collaterales una cum masculis collateralibus ad feudi successionem æqualiter admitti debere: imo nihilominus durat. Argumentum ergo à sensu contrario hic nihil urget. Fallit itemque hoc argumentum tribus potissimum modis, *teste eodem Nico. Eberh. d. loc. à sensu contrario 82. n. 5. in fi & 6* præsertim, quando resultaret intellectus iuri communi contrarius, *l. 2. C. de cond. infer.* vel contrarius alterius alicuius legis sententiæ, *c. decet, de immunit. Eccles. in 6. l. conventiculam, C. de Episc. & Cleric.* seu quando ex eo sequeretur correctio iuris, ut idē Nicol. Eberh. *ibid. nu. 8. & 12.* loquitur.

Fallit itemq; si sumatur argumentum non à sensu contrario rationis & mētis illius dicti legis vel statuti, sed simpliciter à sensu contrario literæ: *Eber. d. loc. à contra. sens. n. 21.* Atqui hoc argumētū à contrario sensu hic simpliciter à litera, non à ratione & mente privilegii sumitur, estq; inductivū correctionis iuris cōmunis & regularis, ut s̄ vidimus. Non potest igitur argumentū illud hic locū reperire præsertim cū privilegia & statuta iuri cōmuni detrahentia, sint q̄strictissime interpretanda, ut, quā minimum fieri potest, ius cōmune non lædat: ac casus omissus censeatur māsisse sub dispositione iuris cōmunis. Concludendū igitur est, fœminas à feudis hoc casu per masculos excludi, nisi in specificis terminis, seu, (ut loquūtur) in terminis terminantib. probare possint, cōsuetudine huius loci, quo hic casus evenit, aliud receptū esse. Atq; hæc de hac quæstione dicta sufficere possunt, nisi quod obiter hic illud incidit, Utrumne H. à P. & nunc iure transmissionis ex persona patris C. D. filius eius nactus sit j^s electionis seu optionis, ut quā domū, vel castrum ipse elegerit, & sic castrum G. habere possit & debeat, nec teneatur sorti iudicis ve arbitrio subiicere? Quod etsi prima fronte argumento à statuto liter. Q. signato *in § 2.* sumpto, nec non ex eo quod an. 78. T. tum ēt W. convenit, quod H. V. P. debebat renovationem investiturarum circa castrum G. eiusq; pertinentias impetrare: Gerardus V. N. autem de castro G. cum pertinentiis affirmandum videatur, quoniā vel sic ēt electio facta videri possit: re tamen paulo diligentius inspecta illud mihi non videtur iuri & rationi consentaneum esse. Loquitur n. prædictum statutū in terminis filiorum filiarūq;, & sic restrictive de descendentibus: ut ideo casus collateralis in statuto omissus maneat sub dispositione iuris communis, per iura supra in eandem sententiā adducta. Neq; recessus T. ac W. potest haberi pro tali pacto electivo, vel divisionis. Nā cum cæteris coheredib. nullæ portiones sint attributæ, non potest nomen divisionis mereri. Sed & aperte cavetur in utroq; pacto, q̄ debeant impetrationes fieri, eine iedem zu seine rechtem, & absq; ullo præiudicio cuiusquā, biß allen erben zu gute. Quæ verba & similia satis ostēdunt, nō hoc animo id actū esse, ut G. cedat P. sed ut negotium commune geratur.

Actus a. agentium non debēt ultra eorum intentionē extendi, per iura vulgatissima, neq; potuit ipse, neq; tutor filii eius C. D. consilium suū in aliorum coheredum detrimentū vel præiudiciū mutare, ut regula iuris habet. Quod si fecisset, aut nunc ēt facere intenderet, contra promissi fidē faceret, q̄ fraude, & sic delicto nō careret, *l. 1. de cōst. pecu. d. l. nō debet. de reg. iur.* † Nā non solū 123 dolus, sed & culpa delictum est, etiāsi sit culpa levis vel levissima, *Franc. Viv. dec. 279. n. 2. li. 2.* præsertim in mādato, *l. à procur. C. mandati. l. 5. §. 1. & seq. ff. cōmod.* At ea vitanda est actus vel facti interpretatio, q̄ delictum infert, *l. merito. ff pro soc. Frāc. Viv. decis. 303. n. 13. li. 3. Frāc. Burs cons. 190. n. 45. & 46.* Atq; ideo huius facti interpretatio sumenda est talis, quę hoc vitio careat, ac statuendū, nihil hoc ipso sibi vel pupillo suo vel voluisse acquirere in præiudicium coheredū, ut stet fides libera defuncti H. V. P. nec cōsiliū quisquā mutasse videatur in alterius incommodum.

QUARTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUid igitur an masculi heredes hæc feuda habebunt præcipua cū suis meliorationib. nihilq; cedet in eorum cōpensationē coheredibus fœminis? In cuius quæstionis dissolutione, ut nimio non sim prolixus, q̄ meliorationes attinet, eæ proculdubio in iudicium familiæ herciscundæ veniunt, ac non minus fœminis coheredib. quā masculis p̄ parte hereditaria singularum debentur, aut certe earū ęstimatio. † Nā etsi in feudis 124 p̄rsum nō succederent, sed eorū omnino essent incapaces, in impensas tamen & meliorationes in feuda à defuncto eiusq; parentib. & maioribus factas earūq; petitionē regulariter succederēt, *p̄ text. in c. 1. § si vasall. hic finitur lex, gl. in l. divortio in pr. ff. solut. matr.* idq; omni difficultate carere. & ab omnib. respōsum traditumq; esse testat̄ Tib. Decia. *resp. 58 n. 66 vol. 2. & Io. Borch. de feu. c. 7. part. 2. n. 73.* & hoc esse indubitatum respōdet Paris. *cōs. 4. n. 40. vol. 1.* idēq; respōdet Dec. *cōs. 518. n. 1. Corn. cōs. 147. vol. 2.* Quanto igitur magis hoc ita est, si fœmina feudi capax sit, ut hoc nostro casu, sed p̄ existentiā masculi excludatur? Cui accedit, q̄ meliorationes G. cōmuni quasi sumptu ab herede viduæ S. V. N. per remissionem conditionis fructuum à defuncta vidua fructuaria absq; cautione præstita perceptorum redemptæ sunt: nec fas est, ut qs alterius incōmodo locupletetur, *l. nā hoc natura ff. de condict. indeb.* Nec † ideo procedit, 125 si quis dicat, accessorium sequi principale, *c. accessorium, de reg. iur. in 6.* Principale nēpe feuda ipsa cedere solis masculis: Ergo & accessoria, nempe, meliorationes, ędificia & inędificata. Cedūt quidē hactenus ut nō separent̄, non tollant̄, nō auferātur, nō tamē in hoc, ut præcipua habeāt & gratis retineant, sed pretiū eiusmodi ædificiorū, implantatorū, & reliquarū meliorationū in cōtributionē divisionēq; inferāt ac cōpensent. *p̄ l. si necessarias. ff. de pig act. d. l. divorti. (alias l. fruct.) §. impēdia, ff. solu. matri. l. 1. l. 2. & tot. t. ff de impēs. in res dota. fact. l. plane, l. seq. de pet. here. l. domū, C. de rei vin. l. sūptus, ff. eo. And. Gail. obs. prac. 146. li 2. Myn. Wes. & alij ad § 1 certe, Inst. de rer. div.* & in terminis Joh. Ceph *consil.*

conf.183.nu.43.& 44.vol.1. quia accessorium, inquit, sequitur naturam principalis, quantum, ut dicatur eius, cuius est principale, & hoc respectu dicitur etiam juris, sed eius pretium, & sic æstimatio saltem venit conferenda, tanquam ex re in pretium emãcipationis data. Probatur etiam; inquit: nam licet ædificium videatur illius, cuius est feudum, attamen pretium venit solvendũ per illum, ad quẽ fundus feudalis cũ ædificio pervenit, & ita dicit docere Matt. de Affl. *in c.1.§.si quis de manso.n.41.vers.quarto probatur. si de invest.feud.*
126 *cõtrovers.* An † aũt pretium & valor ipsorũ feudorum ratio haberi debeat, ita ut eo in totam patrimonii substantiam computato, tãtam totius hereditatis quantitatẽ constituamus, quãta ea fuerit, si æstimatio feudorũ cum emphyteuticis & allodiis coniungatur, ac in unam summã redigatur, ita ut eius quãtitatis seu summæ partes indistinctè fiant, vel in cõpensationem eius valoris ex bonis allodiis tantundem fœminæ vicissim præcipere debeãt, donec fiant æquales masculis feuda præcipientibus? difficilior, obscurior & maior investigatio est. Nam etsi in eo oẽs conveniũt, si fœminæ cũ masculis unà succedentes, æqualiter admitiẽdæ essent, hanc cõputationem, collationem seu cõpensationem fieri oportere, adeo, ut si filia sit, cui legitima debetur ex bonis paternis, eam non tantũ ex allodialibus, sed feudalibus ẽt habere debeat, *Hart.Pist.2.q.38.n.38.& 44. Rosenthal.de feud.c.7.concl.13 n.31.* tamẽ non omnes idẽ sentiunt, si quæstio sit de feudo quidẽ fœmineo, vel simili, cuius fœmina capax est, sed à quo, ma-
127 sculis existentibus, excluditur. Est † quidẽ Fran. Bursat. in ea sentẽtia, ex tali ẽt feudo, maximè si hereditariũ sit (ut hæc esse nõ dubitatur) legitimam filiæ deberi, idq; sex rationibus & aliquot autoritatibus obtinere cõtendit *conf.132 à n.40. usq; ad fi.* Quæ sententia si vera esset, probaret hoc etiam, ꝙ etsi à corpore feudi fœmina agnata per existentiam masculorũ excluderetur, nõ tamen excluderetur à quota valoris istius feudi, cuius a-
128 lioquin capax est. Nam † cum legitima sit portio eius, quod quisq; ab intestato habiturus fuisset, *Ant.Cucchus de legitima in prin.nu.1.Fernand.Vasq.de success.resolut. ad l.si quis in suo.n.14. C.de inoff.testam. Ioh.Cephal.conf.5.n.44 & 45.lib.1. per l Papinianus. § quarta. ubi Castal. ff de inoff.testam.auth.novissima. C.eod,* quodq; non debetur, nisi ut heredi, *l.heres. C.de impub.& aliis subst. Ioh.Cephal.d.conf.5.nu.45.* utiq; ex ea sentẽtia veluti vera præsupposita hoc quoq; consequens esset, tametsi fœmina ad corpus feudi, cuius alioqui capax esset, actu non admitteretur, exclusa nimirũ per masculos, eam tamẽ ad valorem seu pretiũ eius admitti oportere unà cum masculis, ut id pro portione heredita-
129 ria lucretur. Et † certe Henr. Rosenthal. *in tract. suo de feud.part.2.c.7. ubi de success.ex testam. concl.13. nu.31.ad lit.Z. in gl.vers.sane casu quo filiæ non pariter.* eò inclinare videtur, quod ẽt eo casu, quo fœminæ quidem pariter cũ masculis non succedũt, sed demũ post masculos, pretii ratio habenda sit, nõ solum si feudũ sit hereditarium novum, sed & si sit antiquũ, prout hæc nostra feuda esse constat: primò tum, quod id in feudo emptitio novo expeditum censent, *Isern.ad c.imperialem. §.præterea. de prohib.alien.feud.per Frider. & ibid. Matt. de Afflict.* secundò, tum etiam ex eo, quod quando filii secundò tertioq; geniti, unà cum primogenito extant, sed propter existentiã primogeniti à feudo, cuius alioquin capaces, excludũtur, hi nihilominus legitimã ex valore & pretio feudi accipiunt, *Marin.Freccia.lib.3.de feud.differ.19.* tertiò, tum denique autoritate Bursati *in d.conf.132. nu 41.& seqq.*
Pro † quo & illud facit; quod feuda hereditaria, 130
quorum fœminæ sunt capaces, licet non sint ad extraneos transitoria, censentur tamen esse de corpore & bonis hereditatis, usq; eo ut in petitionem fideicommissi veniant, *And.de Isern.c.1.an agnat.vel fi.ti vasall.rep.her. Paris.conf.23 n.181.vol.1. Socin.jun.conf.58.n.16 vol.2.* ac in legitimam filiorum imputentur conferriq; soleant, *Iul.Clar.d.§. feudũ. q.46.* atq; omnia in iis statui, quæ in rebus hereditariis, allodiis, statuuntur, *Hartm.Pistor.d. quæst.38.n 35.36. late Rosenthal.d.c.7.conclus.13.*

Verum his non obstantibus concludo, fœminas per † existẽtiam masculorum à corpore feu 131
di, cuius alioquin sunt capaces, exclusas, à pretio feudi quoq; exclusas censeri oportere. Pretium enim † succedit in locum rei tum demum, si ipsa 132
res & debita sit, vel eius existat, aut certe eius esse vel fieri debeat, qui petit, jure peti possit, atq; ita rei istius nomine actionem pariter habeat, *l.Labeo 14.vers.quia videtur.ff.de verb.& rer.signif. ibid gl. l.si vendidero, 80.§.1.ff.de furt.l.si grege.l grege.ff.de legat.1.l.plane.§ quod si rem.22.ff.de pet.hered.l.Imperator.§ fi.l.seq.ff.de leg.2.l.res in dotem ff.de jur.dot. l.vẽditor ex hereditate.ff.de hered.vel act.vend. l.mater. C. de rei vindic.l.si eum servum.l.vinum. de reb.cred.l.si ex legati ff.de verb.oblig.l.contractus.in fin.ff de reg.jur.* de qua re satis multa *ad d.l.Labeo.14.de verb.& rer.sig.* At existentibus masculis, fœminis ipsum feudi corpus non debetur, neq; eo nomine actionem universalem vel particularem in rem, aut in personam intẽtare possunt, ut ex resolutione tertiæ quæstionis liquet. Nequit ergò in rerũ feudaliũ locum hoc casu succedere pretiũ vel æstimatio, ut in divisionem veniat. Deinde hoc casu, quo fœminæ alioqui feudi capaces excluduntur, non deberi filiab. ex pretio rerũ feudalium legitimã, neq; in cõputationem legitimæ pretium venire, cõis est sententia cõtra Franc. Bursat. *in d.conf.132. n.40.41.& seqq.ut testatur Rosenth.d.concl.13.c.7.per tot.* ubi infinitas autoritates allegat. quib. accedit etiam Herm. Vulteius *de feud.1.c.9 n.58.* & præter Ludolph. Schraderum, cõmunem egregie cõfirmantem *in tract.de feud par.7.c.5.q 4.n.47 & seqq.* refutat Franc. Bursat. prolixe & nervose Hartm. Pistoris *d.q 38.à nu.34.& seqq.* quæ apud eum, qui & argumenta Bursati recenset *ibid.nu.26.& seqq.*
legi & huc trãsferri possunt. Esset † præterea nul- 133
lius effectus, aut certe quã minimi, ꝙ tã jura feudalia, quã feuda ipsa cõcedẽtes & accipiẽtes fœminarũ successionẽ in feudo restrinxissent ad eũ casum, si nulli heredes masculi extent, ac nõ admodũ necesse fuisset, tã anxie investituras, & particulas copulativas de ordine succedendi interpretari, uti autores & cõditores hui⁹ juris fecere *in c.1.§ quin ẽt Ep fi. Abb.ibi Dd.oẽs & in c.1 de eo ꝙ sibi vel hered.suu masc.& fœm.c.1.de duob.fratrib.c.1.de success.frat.vel grad.succed.c.1.de feud fœm.* q̃d n.op⁹ fuisset hoc tã accuratè caveri, ut una cũ masculis nõ succederẽt, si valor feudi istis nihilomin⁹ debit⁹

Cc 4 esset?

esset? At vero ita interpretari jura, ut absque effectu maneant, vel valde minimum operentur à virtute, fine & intentione legum prorsum est alienum.

134 Lex† nulla frustra intelligetur posita, & absq; operatione, & quidem intelligi debet in operatione fortiore, & de casu magis dubitabili, ut docent interpretes omnes, *per l. quod Labeo. ff. de Carbon. edict. l. ancillæ. C. de furt. l. Domitius. ff. qui testam. fac. poss. l. 1. ff. ad municip. & ut Bal. ad rubr. ff. de rer. divis. & ex eo Matth. Gribald. lib. 2. de ratione studend.* dixit: Legis virtus est, determinare realiter, non verbaliter disputare: atque ideo nec verba legis captari debent, *l. pen. ff. ad exhibend.* At, si exclusæ per masculos existẽtes, nihilominus ad pretium feudi admitti deberent, lex de fœminarum exclusione esset de casu minus dubitabili, neq; determinaret realiter, sed verbaliter, ac verba tacitæ legis egregiè captarentur. Nequit ergo eiusmodi huius regulæ interpretatio admitti, qua quidem à corpore, non autem à pretio feudi excludantur. Quin etiam si eo casu, quo collaterales ad feudi successionem veniunt, in concursu masculorum & fœminarum feudi capacium, sed per masculorum existentiam exclusarũ, pretium rei feudalis cum fœminis dividetur, *ut voluisse videtur Henr. Rosenthal d. lit. Z. in concl. 13. c. 3.* tum collaterales illę fœminæ longè melioris essent juris, quàm sunt filiæ cum fratribus cõcurrentes, quas constat neq; jure, *Hartm. Pistor. d. quæst. 38. per tot. Henr. Rosenth. d. conclus. 13. per tot. Ludolph. Schrad. d. part. 7. c. 5. n. 46. & seqq. Vultejus d. c. 9. n. 58.* neq; statuto sub litera Q. ad pretii feudalis quotam admitti, si supersint masculi. Et si quis excipiat, jure hunc casum in statuto omissum esse, statim replicabitur, & inde illatio fiet: Ergo mansisse sub dispositione iuris communis feudalis, per iura & rationes supra deductas.

135 Quod † si quis putet, durum esse, ut cum eodem hereditatis iure & masculi & fœminæ ad hereditatem eandem invitentur, non tamen pariter admittantur, & pares partes accipiant, *arg. l. maximum vitium. C. de liber. præter. & cap. 1. de allod.* is rursum cogitet, legem servandam esse, quamvis sit dura, *l. prospexit. ff. qui & à quib. manum.* & discrimen ex ipsa re proficisci. Non igitur obstant, quæ dubium nobis facere videbantur. Nam, ut antè dixi, sententia Bursati non censetur vera, sed quæ egregiè refutatur ab Hartm. Pist. *d. quæst. 38. n. 34. & seqq.* quibus adde Schrader. *d. part. 7. cap. 5. n. 45. & seqq.* necnon Rosenth. *de feud. d. cap. 7. conclus. 13. nu. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. & seqq.*

Deinde etiam repugnat definitio legitimæ, cum fœmina cum masculis concurrens à feudo excludatur, & sic nihil iuris in eo habeat vindicando; ut ideo dici non possit, feudum vel pretiũ eius esse id, quod ei ab intestato debitum erat, ut ex eo portionem legitimæ accipiat. Quinimo dum excluditur per masculum, nihil in eo iuris habet; alioqui exclusa non esset: Et cum nec ipsa res feudalis, nec portio ulla eius ei debeatur, nõ potest etiam pretium videri in locum rei succedere, per supra recitatam doctrinam *in d. l. Labeo. 14. de verb. & rer. signif.* quia nec dicere potest illa fœmina, hanc rem se amisisse, ut ideo in locum eius pretiũ succedat *juxta d. l. Labeo. 14.* cum istam rem nondum unquam habuerit. Quod † autem 136 aliquando, deficiente rursum masculo, in feudo succedere potest, *d. c. 1. de eo qui sibi vel pro hered. sui masc. & fœmin.* & si feudi capax est, in spe est, non in re: neq; est in hac hereditate iam delata, sed aliquando deferenda alia. Ut ideo satis captiosum & fallax argumentum sit, quo inter cætera Fran. Bursat. *d. cons. 132. n. 42. in fi.* utitur, ubi asserit, legitimam esse quartam eius, quod ab intestato quis fuisset habiturus, etiam quod ipso actu non succedat, *l. Papinianus. §. si quis mortis. ff. de inoffic. testam. l. parentib. auth. novissima. C. de inoffi. testam.* Ergo etiam ex valore feudi, in quo fœmina potuisset succedere, si à masculo non fuisset exclusa, fœminam debere legitimam consequi: quia fuerit res, quam potuisset ab intestato fœmina habere, si præterita vel exclusa nõ fuisset. At, inquam, hoc satis captiosè: cum illud, quod *ex d. l. Papinianus. §. si quis mortis. d. l. parentib. d. auth. novissima.* & ex Cagnolo assumit pro concesso & vero, non agat de eo, quod erat in spe alterius hereditatis aliquando deferendæ, sed in re, & quidem quod habuisset actu ex ipsa hereditate; de qua quæritur, si præterita non fuisset.

Dn. Rosenthal nihil certi concludit, sed de eo cogitandum relinquit lectori, & in textu de legitima disserens, ex antiquo feudo hereditario legitimæ nomine quid deberi fœminæ exclusæ, quæ potuisset in eo succedere, negavit tam secũdum Neapolitanorum, quàm Pyleanorum sententiam, *numer. 11. & 13.* circa feudum distinxit, & utrum novum gratis, an pecunia sit acquisitum, ut tum pretium in computationem veniat, & utrum vivus pater filio tradiderit, nec ne? Quæ consideratio huc non quadrat, præsertim etiam nihil facit, cum Iserniæ sententia non omnino recepta sit, *teste Hartm. Pist. d. q. 38. n. 25.* Alterum vero argumentum ex Marino Freccia *d. differ. 19. lib. 3.* desumptum, refutat Hartm. Pistor *d. q. 38. n. 43. vers. Marinus Freccia.* negando hoc Frecciam dicere, quod ex eo dictum esse asserit Bursatus. Non enim secundo tertioq; genito concedit legitimæ petitionem, sed etiam his simpliciter denegat. Quo fit, ut nihil etiam obsit Bursati auctoritas autoritate communis scholæ, Hartmanni, Schraderi, & aliorum elisa. Feuda † here- 137 ditaria non simpliciter in fideicommissi restitutionem, hereditatis petitionem, legitimæ computationem veniunt, sed certo modo, nẽpe quoties ab eo, qui nihil juris in feudo illo jure investituræ primæ habet, nihilve delatum est, restituenda est hereditas ex fideicõmisso illi, qui & alias ex tenore primæ investituræ successionẽ in feudo jam delatam habet, ut eruditè Rosenthal per plures discussiones discussit *d. c. 7. concl. 11.* nec aliter in petitionem hereditatis venit, quàm si eadẽ sit qualitas in petitore, nulla in possessore, ut idẽ latè tradit *d. c. 7. concl. 12.* Neq; etiam aliter in legitimæ computationem venit, quàm inter hos tãtum, quibus jus habendi feudi jam delatum est, ut eleganter ostendit Hartm. Pistor *d. q. 35. nu. 35. 36. & 37.* nempe, ex eo nihil, quoad fœminas, inferri posse: quod & Schraderus facit *d. c. 5. quæst. 4.* Cum itaq; hæc non simpliciter, sed secundum quid procedant, &, ut vulgò dicunt, cæteris paribus; tandem concludendum erit, meliorationes

quidem

quidem omnes rerum feudalium earumq; æsti-
mationem in computationem hereditatis seu
bonorum venire, & cum fœminis dividere o-
portere, non autem pretia ipsorum corporum
feudalium.

QUINTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUoniam vero in resolutione secundæ quę-
stionis prolixe ostendebatur, moniales de
ordine Cisterciensi hereditatum bonorumq; es-
se capaces, tã iure cõmuni, quàm statutario. Non
n. prorsum incapaces factæ sunt per privilegium
Q. & statutum S. Quin potius hereditates eis le-
gitimæ reservatæ sunt, nisi quod eis vice earum
certus usus fructus constitui debet, aut, ut est in
lit. S. hereditatibus sibi delatis ad dies vitæ utan-
tur fruãtur, non autẽ hoc faciant, ut bona morti-
ficẽtur, & perpetuo monasteriis adproprientur.
Quod & statuto caveri iure potuisse, ibidem de-
monstratum est. Quocirca cum A. & C. V. N.
tum tẽporis, cum H. K. ex hac vita discesserit, ad-
huc in seculo fuerint, procul dubio una cum fra-
tribus sororibusq; suis, nec non cæteris cohere-
dibus avunculo suo H. ab intestato heredes exti-
terunt, quam hereditatem & hoc ipso adierunt,
quod fratrum cognatorumq; tractatibus anno
78. T. & W. habitis adhæserunt, quodq; postea
anno 80. hanc delatã sibi hereditatẽ, antequam
professionẽ fecissent, in manus fratrum suorum
refutaverunt, cesserunt ac trãstulerunt, iuxta te-
norem E. Is n. actus eiusmodi est, qui non potuit
absq; animo domini & heredis nomine geri, *l. si*
138 *avia. C. de iur. delib.* At † quotiescunq; quis aliquid
facit circa bona defuncti, quod absq; nomine &
iure heredis fieri non potest, adiisse hereditatem
cẽsetur, *Mascar. de prob. concl. 47. n. 1. & per tot per l. 1.*
pro herede. de acq hered. Et quãvis illud *ibid. n 4. & 5.*
limitet pcedere, nisi mulier sit, q̃ talẽ actum ges-
sit, ob id, q ea psumitur jura ignorare: tamẽ hæc
limitatio nostro casu cessat, cum procedat, si fœ-
mina ex aditione illa damnum sit passura *arg l. er-*
ror. 8. ff. de iur. & fact. ignor. Et in specie p cessionem
juris hereditarii probari aditionẽ hereditatis, te-
statur Mascar. *de probat. concl. 44 per tot.* adeo ẽt, ut
quãvis cedens protestaretur, se quidẽ jura illa ce-
dere isti, sed absq; animo adeundę hereditatis ni-
hil agere, q. protestatio actui esset cõtraria, *ut ibid.*
139 *n. 3. docet Mascar.* Heredes † igitur semel factę, non
potuerunt desinere esse heredes, quoad hoc, ut
aut ipsis integrum mãserit jus suũ hereditarium
in ipsarum personis, aut in fratres suos hoc p ces-
sionẽ firmiter trãstulerint: cum indubitatũ sit, q
semel heres extitit, nõ posse desinere esse heres,
l. ei qui solvẽdo ff de her. instit. Io. Cephal. cons. 153. n. 8.
vol. 1. Vin Honded. cons. 58. 82. vol. 1. Ideoq; in mona-
sterium trãseuntes, si fratrib. nihil repudiassent,
se suaq; omnia Deo dedicassent, & in monasteriũ
trãstulissent, *per auth. ingressi. cũ ibi not. C. de SS. Eccl.*
Io. Honded. cõs. 94. n. 10. 15. 38. lib. 1. Bar. in auth si qua
mulier. C. de SS. Eccl. cũ simil. Quia vero & statutum
extat, certum modum huic rei dans, & cessio fra-
trib. facta est, cũ jã essent in monasterio, ut ex te-
nore cessionis constat, ac postea, nempe ann. 86.
11. Martii, sub lit. F. factã cessionẽ revocare conatæ
sunt: inde aliquot quæstiones resultant, de qui-
bus si viderimus, resolutio hui⁹ principalis quę-
stionis simul erit absoluta. Et quidem primò
quæritur, utrum jã ante factã cessionem mona-
sterio hoc ius delatæ hereditatis fuerit acquisitũ,
nec ne? Secundò, quid acquisitum monasterio
fuerit per ingressum religionis, an hereditatis
portiones, quoad proprietatem, an vero quoad
usumfructum? Tertiò, utrũ A. & C. iam religio-
nem ingressæ, iure potuerint hoc ius firmiter in
manus fratrum refutare & cedere? Quartò, utrũ
iure revocare potuerint hãc cessionem? Deniq;
si revocatio subsistat, an omne ius, vel solus usus-
fructus ad ipsas, aut ad monasterium revertatur?

Prima † quæstio magis in facti, quàm iuris dis- 140
quisitione consistit. Nã si constiterit iam tũ, cum
cessionem fratribus facerent, fuisse moniales, &
ingressas monasterium, utiq; monasterio ius ea-
rum fuit acquisitũ, *p d. auth. ingressi. ubi Ias. n. 1. can.*
quia ingredietib. c. si qua mulier. q. 3. Abb. Fel. & Dec. in
c. in psentia. extr. de probat. d. l. Deo nobis. §. hoc ẽt cogni-
tũ, C. de Epis. & cler. Bursat. cons. 63 n. 25. Io V in Hon-
ded. cons. 93. n 12, 13. 14. vol. 1. Si vero nondum mo-
niales fuerant factæ, procul dubio ius suum inte-
grum habuere. Quod etiam tum, cum fieret ces-
sio, fuerint moniales, videtur arguere vox instru-
menti E. in pr. Beyde Jungfrawen zu K. rc. ac si
addictæ tum fuerint monasterio. Quod magis
auger §. vñ dañ gemeldte Schwestern B. N. vñ
auch jnen durch deß Closters K geistliche Obrig-
keit in dem actu der Jnkleidung frey gelassen/vnd
mit nichten benomen. Ex quib. constat, habitum
religionis iam tum temporis eas assumsisse. Nam
habitum † religionis assumendo quis videtur in- 141
gressus religionem, & se suaq; omnia Deo cõse-
crasse, *per c. 1. verb. vel habitũ religionis suscipiat. de re-*
gularib. in 6 Frid. de Sen. cons. 32. n. 9 & 10. Decius in c.
in præsentia. n. 73. vers. & ita in proposito. ext. de probat.
Contrà, monialẽ nõdum fuisse, videtur arguere
vñ jedoch noch zur zeit nicht eyngeweihet. Itẽ §. vñ
dañ gemeldte schwestern/rc. vñ noch zur zeit in jrẽ
freyen standt/vñ bevor deren eynweihung/rc. Nã
habit⁹ † nõ facit monachũ vel monachã, sed pro- 142
fessio, *c. porrectũ. c. ex parte. ex de regularib. Decius in d.*
c. in psentia. n. 73. vers. & ad hoc facit. Quod etsi Ho-
stiens. *in summa de regularib n. 7. vers. q ergo dicimus;*
interpretatur de habitu probationis, nõ religio-
nis, cũ tamen ante professionẽ, vor der weihung/,
(nã votũ professionis insigne est, *arg clem. eos qui*
de regularib. Honded. cõs. 94. in pr. vol. 1.) laicus rema-
neat, *c. religioso de sent. excõ 6. c. nõ solũ. c. cõstitutionẽ.*
de regularib. in 6. Honded. d. cons. 94. n. 6. licet cõver-
sus, *c. unic. de voto. & vot. redempt. 6. Decius in d. c. in p-*
sentia. n. 73. vers. & ad hoc facit. d c. religioso. de sent. ex-
cõ. 6. numero monachorũ nõ cõtinetur, quia nec
religiosus sit. Nã nec conversæ sunt proprie mo-
niales, *ut ex Abb in c. de monialib. n. 3. ext. de sent. excõ.*
& alii affirmat Honded. d. cons 93. n. 1. Ideoq; si qua
monasteriũ ingressa, intra annũ ante professionẽ
moriatur, existimat Abb. *in d. c. in psentia.* bona nõ
esse monasterii, sed heredũ ab intestato venien-
tium; ut refert & Jas. *nu. 58. in auth. si qua mulier. C.*
de SS. Eccl. & Decius. in d. c. in præsentia. n. 73. Ex quo
consequens esse videtur, nihil tum temporis
monasterio per ingressum fuisse acquisitum. Sed
certe † hoc inter Canonistas & Legistas valde 143
controversum est, utrũ bona morientis intra an-
num ante professionem sint monasterii, an vero
heredum ab intestato venientium? ut ideo vix a-
liquid certi ex eo concludi possit. Quinimo fre-

frequentior & mag's recepta est sententia, monasterii esse, *ut apud Decium d.num.73. Ias.d nu.58. Honded.d.cons.94.nu.19.& seqq.* Nam etsi verum esset, revera & proprie monachos vel moniales non esse, inter monachos & moniales tamen habentur, eodemq; jure & privilegiis cum aliis utuntur, *Decius d.nu.17. Frider.de Senis d.cons.32.n.8. & 9.* Et ad hoc, ut monasterio acquirantur bona, sufficit ingressum vel ingressam fecisse tacite aliquam professionem, *gl. & Bar.n.1.in d.auth.ingressi.Honded.d.c.94.nu.20.* eaq; non modo probatur ex velo professionis, sed aliis etiam modis, & sic ex eo, quod se potestati Abbatis submisit, vel habitũ assumpsit: Quin etiam † conversi ante professionem creduntur bonis suis abrenunciasse, *gl.in c.lex continentiæ.27.q.1.verb.professi,* à qua gl. in praxi non esse recedendum, admonet ex Beroo *in d.c.in præsentia.n.51.* Hõded.*d.cons.94 n.25.* Sed & Abbas cæteriq; eius sequaces ita de hac quæstione disserunt, ut præsupponant, imo etiam ante professionem statim assumpto habitu bona ingredientium esse monasterii facta: verũ æquum esse, ut non retineat, si intra annum probationis moriatur: quia quasi sub hac conditione videantur monasterio esse mancipata, si scilicet hõ moriatur intra annum. Igitur cum constet, jam gestasse habitum monachalẽ, omnino censendum est, jura hæc hereditaria monasterii, non monialium istarum fuisse. Et † certe secundum jus cõmune monasterio plenum jus, quod tẽpore ingressus habuerunt, quæsitum fuisset, *per d.auth. ingressi.cum ibi notat. d.c.quia ingredientib. d.c.si qua mulier.19 q.3. Vincent.Franc.decis. Neapol.41.part.2. Bursat.cons.63.n.25.* Verum ex utroq; statuto lit. Q. & S. non plus quàm ad dies vitæ harum monialium, usumfr.eiusve æstimationẽ assecutũ est. Quę statuta valere, & fieri jure potuisse, probatũ supr.est. Et sic quoq; secũda quęstio est expedita.

(margin numbers: 144 at "bitũ assumpsit", 145 at "lium istarum")

Circa tertiam quæstionem ex resolutione primæ quæstionis incidentis ingens oritur dubitatio, utrumne hæc cessio fuerit nulla? Nam † cũ constet, ipsas hoc jus amplius non habuisse, sed fuisse monasterii, utiq; hoc, quod non habuerũt, alii cedere non potuerunt; quippe quòd nemo plus juris in aliũ transfert, quàm ipse habet, *l.nemo plus.ff.de reg jur.* nec id amplius alii cedi potest, quod jam alteri cessum est, *Bar.l.nõ quodcunq; § si. de leg.1.& in l.2.ff.de usufr.accresc.Guid.Pap.sing.606. n.1.* Nec ad rem facere videtur, quod tẽpore assumendi habitus magistratus monasterii ordinarius pacto cõcessit his virginibus liberã potestatem, ut de his rebus & bonis disponant, vel cum fratribus transigãt, aut ea cedant, prout innuunt verba in d.§. Vnd dañ gemeldte Schwestern/ꝛc. vs. Doch sie durch in Kleidung/ꝛc. Potest enim hoc pactum ipso jure nullum videri, ex quo certum est, quod † nemo monialis à momento ingressus, & assumpti habitus quidquã proprii habere potest, quia statim voluntatẽ suã, suaq; jura omnia alterius, nẽpe Abbatissæ, subiecit voluntati, *c.statuimus.d c.si qua mulier. d.c. quia ingredietib. 19.q.3.c.2.verb.nec peculiũ.d.c.recolẽtes.c.seq.ex.de statu monachor. Ias.in d.auth.si qua mulier.n.30.C de SS. eccl.* ubi contẽdit, tale pactum, ut quid proprii retineat monachus vel monacha post ingressum, quia sit contra substantiam regulæ, nõ subsistere.

Constare etiam videtur ex instrumento F. eas tum tẽporis fuisse minores, nec appatet ex tenore cessionis E. quod adhibitis curatorib. & interposito decreto renunciassent juri suo, idq; in fratres transtulissent. At † minor neq; hereditatem 148
aditam, neq; adeundã alteri renunciare, vel eam alienare potest sine decreto iudicis: & si secus fecerit, act⁹ ille cessionis vel renũciationis est ipso iure nullus, *per l.1.l.magis puto.§ feudũ. & tot.tit. C. de reb.eor.qui sub tutel.l.1 & tot tit. C.de pred.min. gl. in l.1.C.si advers.transact. Octavius Simontell.in tract. de decret. cæterisq; solennit. in contractib. min. tit.6. inspect.5. nu.55 & 56.* ideoq; et si potuissent suo iure uti, & iura sua hereditaria fratribus cedere, tamẽ propter omissum decretum cõtractus esset nullus. Et † cum sexto anno post eius celebrationem 149
apertè contra hunc contractum protestatæ sint, non potuit, completa viginti quinque annorum ætate, currere præscriptio quinquennalis, *de qua in l.ult. C.si major fact.alien. factã sine decret.ratã hab. lib.5.Paris.cons.49.n.12.3.14.23 & seqq.vol.1. Ioan. Pet.Surd.cons.49.nu.9. Octavian.Simontell.de decret. cæter.solenn.in contract.min.lib.3.tit.9.inspect.1.& 2. cas.1.& 2.Menoch.de recup.poss.remed.15.n.149.150. & seqq.* & sic manet perpetua facultas revocandi. Sed his non attentis existimo, imo hanc cessionẽ valere. Nam etsi monasterium revera videbatur secundũm ius cõmune dominium acquisivisse ex ingressu harum virginum, nec quidquã ipsis cõtra regulam conservari potuit, ut id veluti suũ peculium haberent, *d.c.2.d.c.recolentes. ext. de statu monach.* Tamen † potuit his virginibus concedi, 150
ut vice monasterii cum fratribus trãsigerent, cũ sint moniales, quoad negotia specialiter sibi cõcessa, gerenda instar servorum pro dominis stipulantium, *Nic.Eberhar.in loc.leg.24.à servo ad monach.* qui *nu.2.* probat, posse monachum permissu superioris aliquid quasi proprium habere; & quemadmodũ servus voluntate domini in quæsitis potest domino præiudicare, ita etiam potest monachus monasterio præiudicare, negotium quoddã gerendo volũtate superioris. Cum itaq; superiores tempore conversionis, quo habitum acceperunt, eis concesserint liberum, ut de hac hereditate sibi delata cũ fratribus pacisceruntur, concessisse videtur, ut vice sua & nomine monasterii eum in modũ transigerẽt vel contraherẽt.

Cui accedit, quod Abbatissa, cuius jam sub imperio erant, nomine monasterii suó sigillo hanc cessionem, quæ gratuita non est, corroboravit, quodq; Cellaria cœnobii adfuit. Subscribenti † enim & sigillo suo corroboranti contra- 151
ctum vel negotium, quod illo invito fieri nequit, non tantum subscriptio vel sigillatio, sed & sola dissimulatio nocet, *l.fideiussor. §.1. de pignor. l. 2.C.si alien.res pig.dat.l.sæpe.ff.de re iud.*

Quinimo expresse dicitur, Mit Consens vnd Bewilligung jhrer Ehrwirdigen Frawen Abtissin gethan; ut ita ipsamet Abbatissa hunc contractum fecisse videatur, *l.1. & tot.tit.ff.quod jussu. l.1. vers.item si quis obligari. ubi Dd.ff. de verb.oblig.* Nam quod per alium facio, ipse fecisse videor, secundum vulgarem regulam *cap. qui facit per alium.ff de reg iur.* Ubi & hoc considerandum est, quod mediante juramento, dicũtur renunciasse omnibus beneficiis in instrumento enumeratis.

Jura-

152 Juramentum autem † omne servandū est, quod absq; detrimento æternæ salutis servari potest, ut est communissima Canonistarum & Legistarum etiam in foro recepta sententia, licet contractus vel negotium alioquin fuisset nullum, *auth. sacramenta puberum. ubi Dd. omnes. C. si advers. vend. c. si vero. c. cum contingat. ext. de jurejuran. c. licet. eod in 6. Rol. à Valle conf. 6. n. 29. vol. 1.* Et quidem in terminis, quando minor alienavit absque decreto, adhibito jurejurando, juramentum servandum esse, licet sint, qui *per gl. in auth. si qua mulier. C. ad S. C. Vellejan.* cum Bulgaro *in d. auth. sacramenta puberum.* dissentiant, magis tamen recepta est sententia, quia jusjurandum supplet omnem defectum, & servandum est, etiamsi absq; consensu curatoris & decreto iudicis minor contraxisset vel alienasset, *secundum gl. in l. 1. & d. auth. sacramēta puberum. C. si advers. vend. ibi Bar. Ias. Castrens. &c. Decius in c. sicut. n. 105. ext. de probat. Alciat. in d. c. cum contingat. n. 113. ext. de jurejur. Corn. conf. 36. nu. 8. & seq. conf. 69. n. 35. conf. 109. in fi. conf. 186. n. 17. vol. 2. conf. 71. n. 9. vol. 3. Eberh. à Middelb. in loco, à vi & energia seu efficacia juram. n. 3. & 7. Anton. Gomez. de contract. cas. 14. nu. 18. tom. 2. variar. resolut. Iac. Mandell. conf. 11. nu. 3. Cravet. conf. 7. in fin. Simoncell. de decret. cæter. solennit. in contract. min. lib. 3. tit. 8. inspect. 18. nu. 137. & seqq.* ubi infinitis prope authoritatibus confirmat, & multis modis amplificat, quia iuramentum facit minorem, ut omnino pro maiore habeatur, *gloss. & Dd. in d. auth. sacramenta puberum. n. 15. Matth. de Afflict. decis. 322. nu. 5.*

Præterea inultum pro hoc contractu eiusq; firmitate facit statutum S. Nam per hanc transactionem & cessionem ei statuto satisfactum est. Actus autem secundum legis dispositionem factus non potest videri nulliter factus, etiamsi decretum non accesserit.

153 Quia etiam † cum de consensu superiorum illius monasterii, necnon voluntate ac iussu Abbatissæ hic contractus celebratus sit, non potest videri omnino carere decreto & autoritate magistratus ordinarii, siquidē facile eis constabat, an respectu prædicti statuti læderentur, nec ne, ac Abbatissa, cœnobiiq; superiores ordinarii erant magistratus harum virginum, habitum ordinis gestantium, licet professionem nondum fecerint, *ut docet Decius in d. c. in præsentia. n. 73. circa fin. extr. de probat. & Frider. de Sen. d. conf. 32. n. 8. & 9.* Quibus ita compositis, facile refutantur ea, quæ obstare videntur. Nam cum habuerint iussum, consensum ac voluntatem superiorum ordinis, non de re aliena, sed ut de negotio sibi à dominis suis demandato instar servarum contraxerunt, atq; monasterio præiudicium creaverunt, *per d. l. 1. ff. de verb. oblig. cum similib. l. 1. l. fin. ff. quod jussu. & ibi not.* idq; præsertim cōcurrente statuto O. & S.

Deinde pactum hoc non esse improbandum, quod tempore assumendi habitus cum superioribus annis factum est, modò vidimus: inprimis cum & prædictum statutum hoc approbet, neq; sit concessio peculii contra regulam ordinis, sed negotii gestio demandata.

Omissionem decreti nihil obesse propter iurisiurandi autoritatem, cæterasq; rationes, iam ostensum est. Ideoque etiam frustra metuitur id, de quo *in d. l. fin. C. si major fact. alien. sine decret. fact. ratibab. lib. 5.* Proinde non satis est, protestatas esse sexennio elapso contra contractum, nisi hoc fecerint intra quinquennium, à die, quo vigesimumquintum annum compleverunt, vel intra minorem ætatem, ac præterea etiam litem prosecutæ sint intra decem annos inter præsentes, vel viginti inter absentes *juxta l. fin. C. si major fact. alien. sine decr. lib. 5.*

Ex hac resolutione dependet quoque decisio quartæ quæstionis hic motæ, nempe, non potuisse revocare propter vinculum iurisiurandi, quo hic contractus confirmatus est, & si secus faciāt, peccant in Deum & hominem, iuramentum nō observantes, quod absq; detrimento æternæ salutis servari potest. Exceptio autem vel actio peccatum importans, admitti non debet, *arg. l. unic. ff. quar. rer. act. non datur.* Atq; hæc ita sunt, nisi pacta ex parte fratrum non fuissent observata: quia tunc vigore prædicti statuti Q. nu. 2. in fin. & iuxta pervulgatum axioma: Frangenti fidem, fides frangatur eidem; libere possent ab hoc contractu discedere, quem ipso facto fratres earum revocassent.

Posito igitur, posse has virgines contra prædictam conventionem venire, ac rectè eam revocasse: non tamen ad monasterium plus pertinere potest, quàm ususfructus earum portionum hereditariarum, quamdiu istæ virgines fuerint superstites per prædictum statutum S. cui potest & in hoc casu coniungi statutum Q. in fin. n. 2. Quod etsi non agat in nostris terminis de collateralibus, sed descendentibus, quatenus tamen ratio illius statuti extensa est per statutum S. alterum etiam ad collaterales rectissime quoq; dispositio eius eò trahitur. Et cum probatum sit suprà, hæc statuta iure fieri potuisse & firma esse, non ēst de hac decisione amplius disputandum. Finaliter igitur concludo, non ipsas A. & C. V. N. ex sese & in sua persona retinuisse, capacesq; mansisse huius hereditatis post ingressum in monasteriū, & factam professionem, sed ipso ingressu transisse omne ius earum in monasterium, ac ratam esse transactionem super hac hereditate cum eis factam, & quamvis rata non esset, non tamen ad monasterium plus pervenisse, quàm usumfructum ad dies vitæ A. & C. iis mortuis, consolidari usumfructum cum proprietate.

SEXTÆ ET ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

At vero ex hactenus deductis, præsertim circa quartam quæstionem, virgines illas Vestales V. N. A. & C. pro sua parte hereditatem adiisse, eandem q; partem singulas suffragio monasterii cessisse fratribus suis V. N. constat. Harum igitur portio non defecit, sed ex contractu cessit prædictis fratribus V. N. Nam si quæ soror vel coheres renunciet delatæ portioni suæ, vel eam cedat fratri uni, aut uni coheredum, expeditum est, portionem illam renunciatam non omnibus coheredibus, sed illi soli cedere, in cuius gratiam & favorem renunciavit aut cessit, *secundum Bald. in l. si actionem. ff. de pact. & in l. si defunctus. C. de suis & legit. Castrens. & Ias. ad l. plane. §. si duobus. ff. de legat. 1. Nicol. Boer. decis. 104. num. 9. vers. secus si in favorem alicujus fratris, & c.*

Ad

Ad fratres igitur V.N. solos harum portiones pertinent, non jure accrescendi, sed jure cessionis illius, aut jure statuti: Non † enim locus est
154 juri accrescendi, nisi in portionibus deficientibus, hoc est, in partibus nō agnitis, aut quod heres decessit vivo testatore, vel eo mortuo antequam adiret, aut quod adire noluit, & repudiavit, aut incapax hereditatis est, *l.unic. §.ita definitis. & ibi Bald. C.de caduc.tollend. l.1. §.si nemo. ff.ad S C. Trebell. l.heredes sine partib. ff.de hered.instit. l.unic. C. quando non pet.part. l 3.§.fi.l.4.l.5.ff.de bon.possess. §.fi. Instit.de Senatusconsult.Orfician.§.cum igitur, vers.fin. Inst.de bon.possess. Anton. Gomez. var.resolut.2.de contractib. c.10.n.22.*

Sed etsi jus accrescendi locum haberet, quia fortasse essent incapaces ex regula ordinis, ut sunt monachi S.Francisci de observantia, aut omisissent eam adire, nec in monasterium transmisissent, tamen hæc portio deficiens non omnibus H.K. heredibus, sed solis coheredibus V. N. hoc est, iis saltem, qui ex S. nati essent, accresceret. Siquidem propter existentiam A.K. tempore delatæ hereditatis partem facientis, non in capita, sed in stirpes fiet successio, ut in secunda quæstione vidimus. Ex quo constat, quod à lege ex tacita testatoris voluntate omnes coheredes V.N. & verbis & re coniuncti sunt, ex A. vero nati non sunt eodem jure, sed tantum verbis, non re coniuncti: cum ad eam partem, quam S. habuisset, si supervixisset, filii filiæq; eius coniunctim invitentur; ad alteram vero partem omnes, qui
155 nati erant ex A. *per d.Novell.118.c.3.* At † qui re & verbis coniuncti sunt in portione deficientis potiores sunt his, qui verbis tantum coniūcti sunt, *l.re conjuncti. ubi Dd.ff.de leg.3. Anton.Gomez. d.tract. var.resolut.c.10.n.31. Alciat. ad l triplici. 142.n.2 3.4. ibid. Ioh. Brecha ff.de verb.signif. & in specie Anton.Gomez. d.c.10.num.31. vers.secundo principaliter infertur.* hunc casum decidit, quando vult, quod si quis decedat intestatus, relicto filio uno, & ex altero mortuo relictis nepotibus, qui succedūt repræsentative loco eius, & unus eorum nepotum repudiet suam partem, vel aliter deficiat, accrescit eius portio aliis nepotibus, non vero filio vivo: quia licet (inquit) omnes ab intestato sint vocati & coniuncti, coniunctione legali, tamen nepotes inter se magis sunt coniuncti, cum sint vocati collectivo modo, & omnes habeantur loco unius repræsentative. Eadem ratio est, si nepotes ex sorore concurrant cum fratre & sororis prædefunctæ filiis filiabusque, ut *ex d.Novell.118.* notum est. Igitur & idem jus esse oportet, *c.1.de allod. l.illud. ff.ad leg. Aquil.* Non ergo potest ulla harū portio videri accrevisse omnibus indistinctè coheredibus adeuntibus, sed tantum earum fratribus & sororibus, quibus hanc portionem cesserunt.

Quod si quis putet, A. veluti monialem & incapacem, exclusam ab hac hereditate esse, atque ideo numero heredum non contineri, sed pro mortua habendam, ita, inquam, ut successio non
156 in stirpes, sed in capita fiat, † tum ne sic quidem omnibus coheredibus accrevisse censeri potest, sed cedet iure cessionis solis earum fratribus, in quorum gratiam & favorem hereditati renunciaverunt, *secundum Bal. in l.si actionem. ff.de pact. & d.l.si defunctus. C.de suis & legit. & in auth. novissima. col.2. vers.septimo quæritur. C.de inoff.testam. per l.qui repudiantis. ff.de inoff.testam. & in l.unic. 8.quæst.6. C. quando petent.part.accresc. Corn.cons.107.n.11.vol.2. Anton.Gabriel.6.tit.de legit. concl.2.n.6. Boër.d.decis. 104 n.9.vers.secus si in favorem.*

Atq; hæc Iuri, æquitati, facti speciei mihi trāsmissæ, & documentis in facti specie allegatis cōsentanea esse, censeo ego Johannes Gœddæus J.U.D. & Professor in Academia Marpurgensi; in cuius rei fidem me subscripsi, meumq; sigillum consuetum apposui. Quod factum est Marpurgi, 5. Aprilis, anno 1605.

Johan Gœddæus D subscripsit.

Consilium XXVI.

Joannis Goeddæi

J.U.D. quod fecit nomine Facultatis Juridicæ Marpurgensis.

Summaria.

1 *Compromissa ad instar judiciorum sunt redacta, & ordinariis actionibus comparantur.*
2 *Ratio partitionis.*
3 *Familia herciscundæ judicio partes experiuntur, idque ex libello patet.*
4 *Statutum & renunciatio sat virium habent, ut jus & nomen heredis adimant.*
5 *Exceptio præjudicialis obstat agenti familiæ herciscundæ judicio, si heres non sit.*
6 *Fundatam intentionem non habent, qui actione carent, eaq; exceptio litis est finita, & ingressum litis impedit.*
7 *Eadem exceptio impedit compromissum.*
8 *Exceptio intentionis nunquam censetur exclusa vel remissa statuto vel pacto.*
9 *Quod instrumentum compromissi non cantat, nec nostrum est cantare.*
10 *Hoc tantum in instrumento probat, quod corporeis oculis in eo legitur.*
11 *Verba compromissi strictissime sunt accipienda.*
12 *Potior causa compromittendi, ut cognoscatur super exceptione, tu non es heres.*
13 *Qui dicit, omne, nihil excludit.*
14 *Plenum compromissum quid.*
15 *Non continuo, qui familiæ herciscundæ judicio agit, fatetur adversarium sibi esse coheredem.*
16 *Liberi fiunt disfortes per statutum & renunciationem.*
17 *Non entis nulla sunt accidentia.*
18 *Ex actibus præcedentibus compromissum est interpretandum.*
19 *Actus sequens in executionem præcedentis secundum illius terminos & modos est intelligendus.*
20 *Quæstio, an sit? & quid sit? prior est illa, quomodo & quantum sit?*
21 *Nemo invitus in communione retinendus, adeo ut pactum non valet, ut omnino divisio non fiat.*
22 *Non est credendum, frustra hunc compromissi actum esse factum.*
23 *Actum aliquid intelligitur eo jure & modo, quo fieri debuit.*
24 *Verba generalia contrahentium & compromissi ita accipienda sunt, ut quàm minimum jus commune lædant.*

25 De-

reditate, nisi semel intentari potest: secus de diversa.

82 *Non omne quod coram magistratu fit, actionis jure expeditur.*

83 *Nec qualibet affirmatio vel approbatio magistratus vim judicati obtinet.*

84 *Exceptio rei judicata locum non habet, si non sit de eadem re & ex eadem causa.*

85 *Statuto non solum minui, sed & tolli legitima potest.*

86 Absonderung vnd Abscheidung der Eltern von den Kindern / *quadam emancipatio, seu instar emancipationis est.*

87 *Verba statutorum cum effectu sunt accipienda, ut quid ultra, vel prater, aut contra jus commune operentur.*

88 *Sicut in stipulationibus, ita & in statutis interpretandis id sequimur, quod actum est, aut si id non apparet, sequimur, quod in regione, vel ei, in qua actum est, vicina frequentatur.*

89 *Statutum potius à simili statuto, quàm à jure communi interpretationem recipit.*

90 *Simile statutum est, quod idem symbolum habet rei subjecta verborum & rationis.*

91 *Vbi eadem ratio, ibi idem jus: Et aequitas in paribus causis paria jura desiderat.*

92 *Filii assertioni parentis fidem habere debent, cum ipsis parentis persona semper sancta & honesta videri debeat.*

93 *Quod juris est in uxore secunda, idem etiam in tertia, cum omnes nuptia, qua primas sequuntur, secunda in jure dicantur & habeantur.*

94 *Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.*

95 *Solutione ejus, quod debetur, omnis tollitur obligatio.*

96 *Quoties ex statuto vivo patre ex bonis paternis liberis quid assignatur, hoc in legitimam cedit.*

97 *Collatio bonorum in patre & matre est res vanissima.*

98 *Liberis legitima in vita patris neq; debetur, neque exigi potest, nisi pater bona dilapidaret.*

99 *Aequalitas omnino inter liberos est servanda.*

100 *Periculum damni & emolumenti est compensandum.*

101 *Verba,* Vnd laten die ander helffte den Kindern / *plenum jus, nullo reservato usufructu, inducunt.*

102 *Pacta dotalia, quatenus de successione inter conjuges disponunt, vim ultima voluntatis habent.*

103 *Consequentia declarant antecedentia.*

104 *Vbi onus, ibi & commodum esse debet.*

105 *Etsi in Republica Romana liberorum abdicatio ignominiosa illa à Gracis recepta non toleretur: ea tamen qua cum honorario & absq; dedecore est, statuto fieri potest, adde num. 180.*

106 *Quoties statutum propter dotem vel legitimam in vita patris acceptam aliquem à successione excludit, perinde est, ac si is exheredatus mortuusve esset.*

107 *Ex sententia Baldi intelligitur fictione juris patrem mori, quando ex forma statuti filio legitimam assignare tenetur, adeo, ut quod postea contingit, filii legitimam neque augeat, neque minuat.*

108 *In dubio pro magistratu, ejusq; sigillo praesumitur.*

109 *Res judicata pro veritate habetur.*

110 *Omnia praesumuntur solenniter acta.*

111 *Defuncta matre liberi ad bona ejus omni jure vocantur, solo usufructu patri relicto.*

112 *Nullum statutum eius efficacia est, ut liberos primi matrimonii à paterna hereditate in totum excludere possit.*

113 *Statuta ita sunt interpretanda, ut quàm minimum à jure communi deflectant. adde num. 159.*

114 *Quoties statutum plures effectus operari potest, ita interpretandum est, ut unum tantum operetur ad juris communis derogationem.*

115 *Statuta liberis legitimam successionem auferentia, nisi agnationis conservanda causa, valde odiosa sunt, & proinde quàm strictissime interpretanda.*

116 *Conditio nihil disponit, sed dispositum, aut disponendum suspendit, ac in eventum differt.*

117 *Filii in conditione positi, vocati non censentur.*

118 *Quod Iohan. Corasius frustra impugnat.*

119 *Aliud est ipsa conditio, eaq; vere concepta, & aliud verba conditionaliter posita.*

120 *Enunciative, itemq; narrative posita, nihil probant. adde nu. 165.*

121 *Vox,* Scheiden / *varia & multiplicis est significationis.*

122 *Vox, qua plurium significationum est, pro re subjecta est accipienda, ita ut juris communis correctio & absurditas evitetur.*

123 *Pracipue illi standum est interpretationi statuti, quam consuetudo approbat.*

124 *Notoria saltem allegare sufficit, nec opus est probare, propter nudam ac solam adversarii negationem.*

125 *Consuetudo cum facti sit, ab allegante est probanda.*

126 *Qui pro se juris praesumptionem habet, onere probationis non gravatur, sed probatio contrarium alleganti incumbit.*

127 *Vidua ex consuetudine loci vestes lugubres & vidualia petenti, non incumbit onus probandi ejusmodi consuetudinem, sed contrariam consuetudinem pratendenti.*

128 *Vox,* Vormunder / *ambigua est, & tutorem & curatorem significans.*

129 *Filiusfamilias impubes sub tutela esse non potest.*

130 *Hodie omnis differentia sexus & emancipationis sublata est, adeo ut nec statuto aliquo restituta intelligatur, nisi disertis & expressis verbis hoc factum esse probetur.*

131 *Hodie liberi à successione parentum non removentur, nisi nominatim & ex justa causa exheredati reperiantur.*

132 *Exclusio statutaria quadam legalis exheredatio est.*

133 *Verior eorum sententia censetur, qui docent, quoties statutum filiis filiabusq; quid dare jubeat, non continuo propterea filios filiasq; esse exclusos à legitima hereditate, nisi statutum ulterius progrediatur.*

134 *Interpretes de eo tantum concertant, an generalia verba sufficiant statuti, an vero specialia requirantur, ad hoc scilicet, ut liberi exclusi censeantur.*

135 In

135 *In statuto non tam verba, quàm mens statuentium attendenda est.*

136 *Per naturam communio discordiam parit, atque ideo in communione nemo invitus stare cogitur.*

137 *Diversitas factorum diversa jura desiderat, & à separatis nihil infertur, adde num. 165.*

138 *Nihil ei culpa imputari potest, qui parêre necesse habet.*

139 *Liberi à parentum successione non repelluntur propterea, quod à parente superstite ipsis aliqua portio assignata vel data est, aut quod inter patrem matremve, & inter liberos divisio facta.*

140 *Liberorum exclusio non tantum consilio inducitur, sed ea ut per praeceptum & disertis fiat verbis necesse est.*

141 *Rejecto iniquo, id, quod aequum est, in statuto servatur.*

142 *Jure divino & humano universalis societas vitae & bonorum inter conjuges succedit.*

143 *Rejicitur opinio Petri Costalii.*

144 *Surrogatum sapit naturam ejus, cui surrogatum est.*

145 *Quaecunq; ad liberos primi matrimonii vi statuti ex matris sua, cuius hereditatem non repudiarunt, bonis veniunt ea à liberis titulo hereditario capi censentur.*

146 *Heres in omne jus, quod defuncti, cum moreretur, fuit, succedit.*

147 *Legitima non est universitas juris, neq; quota hereditatis, sed bonorum.*

148 *Non prohibetur legitimam petere, qui hereditatem vivo patri renunciavit, vel repudiavit.*

149 *Interpretatio statuti, quae à fine ejus discedit, & odium magis, quàm favorem promovet, vitiosa est.*

150 *Consilium non necessitatis, sed voluntatis est.*

151 *Duo plurave specialia simul circa idem concurrere absurdum est.*

152 *Non probat hos esse, quod ab hoc contingit abesse.*

153 *Legum, praesertim circa legitimam filiorum versantium, correctio odiosa est, & proinde non praesumenda.*

154 *Liberis longe majore ratione hereditates parentum debentur, quàm è contra parentibus hereditates liberorum.*

155 *Quod statutum non dicit, nec nostrum est dicere.*

156 *Heres ejusdem potestatis est, cujus fuit defunctus.*

157 *Interpretatio statutorum tum demum à vicinis locis & regionibus sumenda est, si neque ex verbis ipsis, vel re subjecta, neq; ex jure communi, naturalive aequitate depromi commode possit.*

158 *Regulariter statutum vel consuetudo ultra suum territorium non extenditur.*

160 *Liberi emancipati jure tam civili, quàm Saxonico in favorabilibus jus familiae & suitatis retinent: secus in odiosis.*

161 *Quoties interpretatio statuti vel consuetudinis ex vicina regione sumenda est, prius ad universalem, quàm specialem unius vel alterius loci consuetudinem currendum est.*

162 *Regulariter à re ad rem; à persona ad personam; à causa ad causam non fit extensio.*

163 *Interpretatio statutorum vicini loci ita facienda est, ut quam minimum à jure communi recedatur.*

164 *Ex statuto Bremensi & Lubecensi liberi, defuncto uno, & superstite altero parente, jubentur semissem omnium bonorum utriusque parentis capere, & hac divisione facta, liberi à reliquo semisse exclusi sunt.*

165 *Diversitas facti diversitatem juris desiderat: & data imparitate parva, argumentum à pari non procedit.*

166 *Incivile est, una particula legis vel statuti perspecta, de tota lege vel statuto judicare, aut respondere.*

167 *Quoties vi statuti inter liberos & superstitem parentem bonorum fit divisio, ea, si liberi adhuc minorennes sint, autoritate tutorum vel consensu curatorum fieri debet.*

168 *Vt Falcidia, ita & legitima deductio est in donationibus mortis causa factis, & quae inter vivos facta, morte alterius conjugis, confirmantur.*

169 *Pater omnia sua bona vendere, & pretium in mare projicere, atq; ita liberis in legitima praejudicare potest.*

170 *Semel extincta donatio non reviviscit, sed extincta manet quoad omnes effectus.*

171 *Quaelibet dispositio restringitur ac consummatur in primo actu.*

172 *Mulier quae secundo nubit, nulla dotis quantitate expressa, censetur eâdem dote nupsisse, qua nupserat priori marito.*

173 *Quantitas donationis propter nuptias, si dos minor à nova nupta inferatur, ipso jure, usque ad concurrentem quantitatem revocatur.*

174 *Pactum verò primo matrimonio appositum de non lucranda dote, vel de lucranda donatione propter nuptias non censetur repetitum in secundo vel tertio conjugio.*

175 *Bis idem exigi non potest ex eadem causa: secus si ex causa diversa & nova petatur.*

176 *Quando vigore statuti, defuncto parente uno, alter liberis totorum bonorum semissem assignat, eum non ut legitimam à se debitam solvit, neque per divisionem quandam conferre censetur; sed semissem illum tanquam hereditatem maternam liberis tradit.*

177 *Superstite parente ad secundas nuptias transeunte, liberis prioris matrimonii materna hereditas, & quaelibet nuptialia lucra salva manent.*

178 *Verba statuti,* Idt entbrecke dann an der Vorwort/ *quomodo accipienda, & quid operentur.*

179 *Quoties liberi vigore statuti semissem omnium bonorum per separationem à superstite parente factam accipiunt, totam paternam maternamve substantiam non consequuntur, sed eam cum acceptis compensare tenentur.*

181 *Notatur Baldus.*

182 *Actus agentium non operatur ultra eorum opinionem.*

183 *Officium suum judex nemini, nisi imploranti impertit.*

184 *Instrumenta stricti juris sunt, nec ultra id, quod verbis expressum est, extenduntur.*

185 *Ex iis nuptiis, ex quibus bona conjugum cœperunt esse communia, si proles non superfit, alter alteri præmorienti, reliquis ex latere agnatis, & cognatis omnibus exclusis in solidum succedere potest: secus vero si descendentes ex illis nuptiis supersint.*

186 *Quisq; quod suum, non quod alterius est, donare vel repudiare potest.*

187 *Pacta sunt servanda, præsertim ea, quæ transactionis causa fiunt.*

188 *Jura sua renunciantibus, non datur ad ea regressus.*

189 *Hoc quisque suum appellare potest, quod jure dominii vel quasi ejus est: & quid vox,* Haab / *significet.*

190 *Renunciatio in dubio censetur facta contemplatione ejus, cui fit.*

191 *Pactum & renunciatio alicui facta, non solum, cui promissum renunciatumve est, prodest: sed & heredibus ejus.*

192 *Pater liberos ex priore & posteriore matrimonio natos, eadem affectione paterna amare creditur.*

193 *Etsi ex Menochii sententia pater posthumos nascituros non ita amare præsumitur, sicuti jam natos: tamen posthumis etiam tamquam heredibus suis stipulari censetur.*

194 *Heredum appellatione non solum jam nati, sed & posthumi nascituri veniunt.*

195 *Vox,* davon / *quid & quò se referat.*

196 *Relatio ad omnia præcedentia trahi debet, nisi ratio diversitatis appareat.*

197 *Qui omne dicit, nihil excludit.*

198 *Vniversalis clausula trahitur ad insolita, & casum improprium.*

199 *Vox,* zun ewigen Tagen / *quid sit, & quid operetur.*

200 *Item, quid vox* endlich vnd zum grunde.

201 *Geminatio verborum exuberantiorem & magis enixam voluntatem paciscentium arguit.*

202 *Quando liberi accepta legitima hereditati parentum renunciant, plane nullum habent regressum.*

203 *Jure Canonico non requiritur, ut renunciatio hereditatis, quæ à liberis fit, juramento firmata sit.*

204 *Pro instrumento publico præsumptio est, omnia in eo solenniter acta esse.*

205 *Lege introduci potest, ut renunciatio eiusmodi absque juramento & ulla solennitate facta valeat.*

206 *Homo intercedente jurisjurandi religione, efficere potest, ut valeat renunciatio alias lege interdicta: idem per statutum & consuetudinem fieri potest.*

207 *Non præsumitur magistratus suum sigillum instrumento renunciationis appendere, si renunciatio non satis solenniter, vel iuxta mores civitatis acta non sit.*

208 *Cum renunciatio facti sit, & species quædam donationis, ita interpretanda est, ut renuncianti minus, quàm fieri potest, noceat.*

209 *Renunciatio ad iura de futuro non pertinet, sed ad causam de præsenti: nisi nominatim aliud expressum sit.*

210 *Procœmium contractus causam finalem, qualitatem & quantitatem exprimere censetur.*

211 *Facilius hereditas iam delata, quàm futura repudiatur.*

212 *Non solum de iure civili, sed & canonico pactum de non succedendo improbatur, nisi iureiurando corroboratum sit.*

213 *Facultas succedendi iuris publici est.*

214 *Naturali iure liberis paterna hereditas debetur.*

215 *Pactum iuramento corroboratum, tum demum servari debet, si absque detrimento æternæ salutis id fieri possit.*

216 *Statuto vel consuetudine introduci potest, ut renunciationes futurarum hereditatum absque iureiurando nudo pacto factæ vires habeant.*

217 *Verba,* Statrechtliche Verzicht / *ambigua sunt, ita ut se tam ad iura communia, quàm municipalia habere possint.*

218 *Si in favorem certarum personarum renunciatio facta sit, illis cessantibus, reconvalescit ius renunciantis, cum renunciatio ad alias, quàm expressas personas non extendatur.*

219 *Limitata causa limitatum producit effectum.*

220 *Personalia pacta & conventiones personas in specie comprehensas non egrediuntur.*

221 *Eventus mali non sunt in consideratione.*

222 *Ad ignorata vel non cogitata renunciatio non est extendenda.*

223 *Propositum in mente, retentum nihil operatur.*

224 *Nunquam censetur legitime renunciatum, etiamsi renunciationis verba generalia sint, neque in dubio statutum eam tollit.*

225 *Nihil à Deo & Ecclesia liberis magis debetur, quàm paterna hereditas.*

226 *Exceptio ut de regula sit, necesse est.*

227 *Tutor vel curator absque decreto magistratus inutiliter transigit vel alienat, aut renunciat.*

228 *Sigillatio solaq; attestatio magistratus negotium coram se partibus ita placuisse, non continuo decreti interpositionem probat.*

229 *Transactio non nisi de re dubia & lite incerta neque finita interponitur.*

230 *Quod commune mihi est cum alio, recte meum appello.*

231 *A re ad rem, à casu ad casum, à persona ad personam in renunciationibus non datur extensio.*

232 *Magis censentur filii, qui iam nati sunt dilecti, quàm postea nascituri.*

233 *Quid vox,* damit / *item vox omne & quæcunque importet.*

234 *Verba menti & rei subjectæ inservire debent.*

235 *Jura, quæ de renunciatione à liberis facta, legitima accepta loquuntur, valde dubia & controversa sunt.*

236 *Defunctorum hereditati nudo etiam pacto renunciari potest.*

237 *Pactum inter conjuges factum, cum donationem sapiat, ipso jure nullum est, nisi vi ultimæ voluntatis subsistat.*

238 *Nulla voluntas ultima absque testium ad minimum quinque præsentia, recte conficitur, nisi in terris Ecclesiæ, vel ad piam fiat causam.*

239 Pacto

139 Pacto hereditas non datur.
240 Vnumquodq; eodem modo, quo colligatum est, tollitur.
241 Privata scriptura, quæ trium testium subscriptione caret, publico instrumento nihil derogare potest.
242 De suis, non alienis, quilibet testatur.
243 Nemo sibiipsi testandi facultatem præripere potest.
244 Quod falsum & suspectum est in uno, in alio etiam falsum & suspectum præsumitur.
245 Dispositum ad unum eundemq; finem contrarios effectus operari non debet, sed ita interpretatio facienda, ut unum per alterum corroboretur.
246 Pactum sub conditione dispositum, cessante vel deficiente conditione nihil operatur.
247 Dispositio qualibet suis terminis contenta est.
248 Pater liberis suis jus semel quæsitum, auferre nullo modo potest.
249 Quæ dispositive in contractu non dicuntur, non obligant.
250 In dubio præsumitur durare prioris voluntatis dispositio, nisi contrarium doceatur.
251 Declaratio quæ facto fit, potentior est, quàm quæ fit verbis.
252 Propria confessione, licet extraiudiciali, nulla fortior est.
253 Vnumquodque facilius ad pristinam suam naturam redit.
254 Novum non est, ut quæ semel constituta sunt, ducent, etiamsi casus superveniat, à quo incipere non potuissent.
255 Proniores sumus ad liberandum, quàm ad obligandum.
256 Si filia patre consentiente de non succedendo pactum fecerit, illud pater, etiam juratum, postea revocare seu remittere potest, ita ut eiusmodi pactum plus virium non habeat, quàm si nunquam extitisset.
257 Heres factum defuncti præstare & ratum habere tenetur.
258 Quilibet jure suo uti vel non uti potest.
259 Affectus paternus omnem alium vincit.
260 Pactum quod filius de non succedendo patri præstitit, pater qualibet voluntatis declaratione revocare potest.
261 Patris dispositio inter liberos, etiamsi inæqualiter facta sit, liberis rata ac firma erit.
262 Quænam donationes inter conjuges firmæ sint.
263 Vtile per inutile non vitiatur.
264 Tot sunt pacta, quot res & rerum capita.
265 Explicatur l. nihil tam naturale. ff. de regulis juris.
266 Scriptura privata agnita contra scribentem eiusq; heredem plene probat.
267 Præsumptio levis contra instrumentum, alia fortiore tollitur.
268 Qualitas adjecta verbo illud qualificat, & ponit in diversa specie.
269 Marito vel uxori in secundo matrimonio plus, quàm uni liberorum relinqui non potest.
270 Jus, quod liberi à patre habent, ipsis rursus auferri & interverti potest.
271 Verba etiam enunciativa contra scribentem plene probant.
272 Renunciatio semel extincta, per nudam consensus mutationem non reviviscit.
273 Renunciatio à filio filiave facta, nepoti præjudicium non creat.
274 Expensæ litis compensari debent, quando utraque pars partim vincit, partim succumbit.
275 Bona parentum inter liberos pro æquis portionibus sunt dividenda, nisi parentum voluntas alia appareat. Hæc enim omnino servanda est.
276 Donatio inter patrem & liberos nulla est.
277 Dominii translatio absque possessione nulla est.
278 Nisi ea translatio coram publico magistratu facta sit.
279 Actus agentium ultra eorum intentionem non operatur.
280 Etsi æstimatio rerum filiæ in potestate patris existenti donatarum conferri debeat: ex voluntate tamen patris corpora ipsa apud filiam manere possunt.
281 Donatio simplex inter patrem & filiamfamilias non consistit, nisi publica autoritate, aut per cessionem curatoribus facta sit.
282 Quoad peculium adventitium, pater & filiusfamilias pro una persona non reputantur, & adventitiorum dominium filiofamilias, ususfructus patri acquiritur.
283 Cessio supplere potest, præsertim intercedentibus civitatis moribus, quod corporali traditioni abest.
284 Collatio non est, nisi cum heredibus, bonorumve possessoribus.
285 Vt filiis filiabusque data conferantur, necesse est ea esse data ab eo, de cujus hereditate agitur.
286 Dos profectitia seu adventitia à patre data, an fratribus in patria potestate existentibus conferenda sit.
287 Profectitia bona omnino esse conferenda, & ad quid collatio introducta sit.
288 Iohannis & Martini sententia est, omnem donationem filio tam emancipato, quàm in patria potestate existēti, sive cum vel sine causa factam, conferri debere.
289 Donatio filio emancipato facta, statim firma est, & in legitimam imputatur.
290 Hodie quoad collationem inter suum & emancipatum nulla differentia est.
291 Quid sit simplex donatio, & quænam causa in collationum materia donationem ob causam efficiat.
292 An & quando donatio simplex sit conferenda.
293 Inæqualitas facit, ut sæpe à regulis juris recedatur, & ea conferenda sint, quæ alias in collationem deducenda non essent.
294 Actus taciti non sunt tam late extendendi, quàm expressi.
295 Nemo præsumitur facere voluisse actum elusorium, aut qui nullum vel valde exiguum produceret effectum.
296 In arbitrio conferentis est, vel ipsa corpora donata, vel æstimationem eorum conferre, aut minus accipiendo collationem instituere.

297 *Omnino & semper collatio cessat, quoties certò constat patrem donantem velle, rem donatam filii filiave præcipuam esse: idq; verum est, sive pater expresse collationem prohibuerit, sive alias de eius voluntate ex tacita conjectura constet: neq; refert, an per modum ultimæ voluntatis pater hoc egerit, an vero inter vivos.*

298 *Qualibet dispositio & quilibet actus ita interpretari debet, ne dispositio elusoria, vel actus inanis appareat.*

299 *Expressum censetur id, in quo dispositio verificari potest.*

300 *Disputatio de collatione donationis simplicis, ambigua valde & anceps est.*

301 *Qui legitimam integram habet, querelam inofficiosæ donationis movere non potest.*

302 *Omnia quæ in donationem propter nuptias filio dantur, in collationem veniunt.*

303 *Legitima, cujuscunq; etiam conditionis sit, conferenda est.*

304 *Finis & intentio disponentis omnem dispositionem distinguit.*

305 *Profectitia bona conferenda sunt.*

306 *Ea etiam, quæ occasione militiæ ex pecuniis mortui acquisita sunt, eò quòd talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante, certa pecunia ad ejus heredes perveniat, in collationem veniunt.*

307 *Communis est Doctorum opinio, omnia esse conferenda, quæ aut vendi, aut in heredes transmitti possunt.*

308 *Citatur authoritas Rolandi à Valle, & aliorum, qui contendunt, officium militiæ, aut militiam ipsam, quanti vendi potest, conferendam esse.*

309 *Donatio conferenda, sive filius in potestate patris sit, sive emancipatus, maxime quæ ob causam fit, & statim ab initio valet.*

310 *Nisi pecunia, qua Canonicatus est emptus, in collationem veniret, crimen simoniæ committeretur.*

311 *Ea interpretatio quærenda est, quæ vitio caret.*

312 *Donatio contemplatione matrimonii facta ob causam est.*

313 *Inæqualitas efficere potest, ut ea in collationem veniant, quæ alioqui conferenda non essent.*

314 *Heres tenetur ratam habere voluntatem defuncti.*

315 *Beneficium Ecclesiasticum in bonis clerici non est, sed in bonis Ecclesiæ, & sola administratio pertinet ad possessorem beneficiorum.*

316 *Beneficium Ecclesiasticum non recipit æstimationem, cum nullam alienationem admittat.*

317 *Ea conferenda sunt, quæ tempore mortis in patrimonio heredis sunt, quæq; in hereditate defuncti futura fuissent, si in statu suo donatarius mansisset.*

318 *Beneficia Ecclesiastica non imputantur in legitimam, & ita non conferenda.*

319 *Si beneficia Ecclesiastica vel expensæ pro iis obtinendis facta essent conferenda, crimen simoniæ evitari non posset.*

320 *Simonia definitur.*

321 *Audiendi non sunt, qui se in propria turpitudine fundant.*

322 *Audiendi itidem non sunt, qui alium sua intentione ad crimen committendum inducunt.*

323 *Ea quæ contra jus sunt, nos facere non posse censemur.*

324 *Illicita sicut in judicium familiæ erciscundæ non veniunt, sic neq; in collationem.*

325 *Quod ad filium non pervenit, neq; ejus factum est, conferre non tenetur.*

326 *Ea filius tantum confert, quæ tempore mortis in bonis habet.*

327 *Quod sub conditione debetur, in collationem venit.*

328 *Id venit in collationem, quod vivo patre à filio acquisitum est, non etiam, quod post mortem ejus filius acquirit.*

329 *Castrense peculium, & quod dignitatis nomine à patre datum est, non confertur.*

330 *Clericatus dignitas est.*

331 *Quod circa Castrense peculium, idem etiam circa quasi Castrense obtinet.*

332 *Diaconatus non habet dignitatem majorem, quàm clericatus.*

333 *Expensæ, quas pater facit, ut filius honores Doctorales consequatur, non conferuntur.*

334 *Idem verum est de iis, per quas pater filio salariam advocandi quæsivit.*

335 *Neque præbenda ipsa, neq; fructus inde percepti in collationem veniunt.*

336 *Donatio simplex etiam filiofamilias à patre facta non confertur.*

337 *Quoties de hominis dispositione & voluntate non constat, standum est dispositioni juris communis, & dispositio hominis ex legis dispositione declaranda est.*

338 *Dispositio contra pietatem, verecundiam, & jus ipsum facta, nullius momenti est.*

339 *Explicatur l. omnimodo. § imputari C. de inoffic. testam.*

340 *Quæ pro collatione impetranda, vel resignatione expenduntur, ea non ut pretium, sed ut honorarium intercedunt.*

341 *Emptio venditio absque pretio nulla est.*

342 *Ostenditur mens Rolandi à Valle in cons. 11. n. 10. & seqq. vol. 2.*

343 *Quod semel peculium Castrense factum est, absque consensu filii conditionem suam mutare non potest.*

344 *Hominis voluntas voluntati legis debet conformis & consentanea esse.*

De statuto divisionem superstiti inter liberos permittente, utrum liberos faciat dissortes, ut nihil ex superstitis hereditate expectare possint? & utrum præbendæ & Canonicatus in collationem bonorum veniant?

DEO BENE JUVANTE.

Diligenter perlectis ac probe ponderatis iis, quæ in gravissima compromissi causa ventilata & acta sunt inter P. W. liberos ex primo & tertio

tertio coniugio ei natos, de successione paterna, observavimus ea, quæ hinc inde varie disputata, & per diversa capita non uno modo distincta & interpretata sunt, commode ad sequentes quin-
1 que quæstiones posse revocari. Nam † cum compromissa ad similitudinem iudiciorum redacta sint, *l. 1. ff. de recept. arbi.* ordinariisque actionibus comparentur, *l. non distinguemus*, 32. §. *sed*
2 *compromissum istud*, *ff. eod.* † operæ precium esse putamus, ut præsentem hanc consultationem ita instituamus, nempe ut in hæc ipsa, quæ iudex vel arbiter necessario circa hanc causam decidendam attendere tenebitur, diligenter inquiramus. Sunt autem hæc eiusmodi.

Primo enim investigandum est, utrum actorum, Primi scilicet matrimonii liberorum, intentio sit fundata?

Secundo, si fundata sit, anne per exceptionem statuti vel renunciationis sit elisa?

Tertio, quid si elisa appareat, anne hæ exceptiones rursum sint infirmatæ per replicationē desumptam ex pacto paterno cum secunda coniuge inito?

Quarto, quale laudum sit ferendum?

Quinto & ultimo, An & quid conferri oporteat?

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Convenit autem, inter litigātes familiæ herciscundæ iudicium institutum esse: constat
3 idem † ex libelli narratis & medio concludendi ipsaq; conclusione, ex qua potissimum quisq; libellus, si de actionis genere, quæstio sit, est indicandus, *Panor. in c. ex parte. ex. de for. compet. Ale. cōsi. 116. vol. 2. Ias. ad § omnium, n. 12. & seqq. Inst. de act. Io. Oldendorp. in clas. act. de form. libell. Mynsing resp. 51. n. 4. Andr. Gail. Pract. obs. 61. li. 1.*

Narrata n. & petita esse propria actionis familiæ herciscundæ, abunde notum fit, si conferantur, *cum l. 1. l. 2. l. qui erat, 49. l. fin. ff. famil. hercisc. Rofred. Benevent. de ordine iudiciorum parte, 4. Rub. de actio famil. hercisc. nu. 1. 3. 5. Ioh. Schneidew. ad §. quedam, ubi de famil. hercisc. action. nu. 3. 7. 73. Arnold. ab Haersolto de action. par. 2. action. 28 numer. 7. & seqq.* Qua de causa necesse non est prolixius actionis genus investigare.

Utrum autem primi matrimonii liberis hæc actio competat, eorumque intentio fundata sit, vehemens controversia est?

Negant enim rei actores, sibi suos esse cohe-
4 redes, † tum propter statutum M. tum etiā propter subsecutam renunciationem. Utriq; sat virium esse potest, ut ius & nomen heredis primi matrimonii liberis adimant, & eos mortuorū loco habeāt, *Castr. cons. 300. supra primo dubio, n. 1. vers. ad secundum respondetur, vol. 1. Bal. ad l fin. §. & cū antiquitas, n. 14. C. de usur. rei judic. Idem Bal. item Ange. Castr. Alex. ad l. plane, §. si duobus, ff. de legat. 1. Tiber. Decian. resp. 46. num 3. volum. 3. per l. 1. §. si emancipatus, ff. de conjūg. cum emancip. lib. Iac. Port. li. 3. commu. conclu. 5. vers. contrarium*, & exheredatis sint omnino pares, *Bart. in l. 1. § sciendum, ff. de suis & legit. Ludov. Roman. in l. 1. C. quando non petent. li. 10. Tib. Decian. Resp. 46. n. 4. vol. 3.* Itaque etiam hi actores, ut qui semel propter acceptum semissem omnium bonorū, quæ pater, quando ad secundas nuptias transiit, possedit, per statutum & subsecutam renunciationem exclusi, instar exheredatorū mortuorumq; habendi. & sic coheredes non erunt.
Sed † si is, qui possidet (& sic convenitur) neget 5
eum, qui familiæ herciscundæ iudicio secum experitur, sibi coheredem esse, potest eum excludere per hanc exceptionem, Si in ea re, qua de agitur, præiudicium hereditati non fiat, *d. l. 1. §. 1. ff. fam. hercisc.* Nam ut familiæ herciscundæ iudicio quis agere possit, heredem eum esse oportet, *d. l. qui erat heres, 49. vers. nam ut familiæ, ff. eod.* ut nisi coheres sit, neq; adiudicari quidquam ei oporteat, neq; adversarius ei condemnandus sit, *d. l. 1.*
in fi. Quando igitur † constat, actores coheredes 6
non esse, exceptione hac præiudiciali sive intentionis, seu nō competentis actionis, à limine iudicii utiq; repelluntur, neq; videri possunt fundatam intentionem habere, qui actione carere demonstrantur, *l. si pupilli, 6 §. videamus, ff. de negot. gest. Bart. in l. nam postea quam, n. 7 ff de jureju.* Ea n. huius exceptionis natura est, quæ ius agēdi actori negat competere, ut litis ingressum omnino impediat, *Fel. in c. super his, n. 18. extr. de accusa.* actoresq; à limine iudicii, quod sane absq; actione nullum est, *d. l. si pupilli, 6. §. videamus*, repellat, *Feli. in c. super his, n. 18. ex. de accus. & in c. exceptionē, ext de excep. numer. 39. & seq. Jo. Zanger. de exceptionibus, part. 3. cap. 18. Barto. in d. l. si pupilli, §. videamus, Io. Pet. Sur. cōs. 214. n. 10. & cōs. 251. n. 1*, ubi ex Feli. *in d. c.* exceptionem refert, quod reus opponens huiusmodi exceptionem nō tenet respondere interrogatorio, an sit heres, quia exceptio impedit processum, *Meno. cons. 89. n. 74. Aufrer & Capell. Thol. dec. 29. & dec. 335. Panor. ad c. super literis, ext. de rescrip.*

Neq; tantum † eiusmodi exceptio, quæ litem 7
contestari impedit, perimendo quoque impedit ordinarii iudicii ingressum, sed & compromissū, *secundū Bal. in l. si iudex, in fi. ff. de his qui sunt sui, & l. fratris, C. de transact. quem sequitur Ludo. Rom. in sing. verb. statutum, vers. nota, & M. Anton. Blancus de compromis. q. 4. in tract. de except. impedientib. litis ingres. nu. 1. Corneus consi. 121 in addit. post consi. volum. 1. & consi 65. volumin. 4. Iohann. Petr. Surd. consil. 251. numer. 1.*

Et in specie, si agatur, vel compromissum suscipiatur propter familiæ herciscundæ actionē, exceptionem, tu non es heres, non minus compromissum, quam litis ingressum impedire, docuerunt *Phil. Franc. in c. 1. de litis contest. li. 6. fol 35. & M. Anto. Blanc de compromis. in tract. 2. de excep. & succes. nu. 2.* Qua de causa tantum abest ut per susceptiū hoc compromissum rei ab hac exceptione discesserint, ut potius eam reservasse videantur.

Nam & alias † exceptio intentionis deficien- 8
tis nunquam cēsetur remissa, aut exclusa, ne quidem statuto omnes alioquin exceptiones dilatorias & peremptorias excludente, *Bald. in l. peremptorias, n. 27. C. senten. rescindi non posse, & in l. sancimus, n. 7. C de don. & ad l. ex his praediis n. 1. C. de evic. Bar. ad l. 1. §. & parvi, ff. quod vi aut clā Feli. ad Rub. ex. de excep. n. 7. in fin. Corn. cons. 245. col. 2. vol. 4. Aym. Cravet. consi. 145. col. pen. vers non obstat. Ioh. Petr. Sur. consil. 186. num. 26. Menoch. consi. 55. num. 3.* cum sit defensio, *Surd. d. consi. 186. num. 26.* & agens non tam ab alio, quam à seipso repellatur, *Anto. Natta cons. 474.*

 nu. 35.

numer.35.Cravett.consi.127.numer.14.consi.151.numer.10.

9 Sed nec tertio, ullum, inquiunt,† rei, verbum in compromissi tenore de hoc, quod actores sint coheredes, & quod de eo inter compromittentes transactum sit, exstat, ut quod instrumentum non cantat, nec nostrum sit cantare, *Angel. in l.interest, in ult.notab, C.de judic.Cravet.consi.630. nu 2.Bald.ad l.ad probationẽ, C.de proba.Anto.de Butrio in c.translato, ext.de constit.Paris.cõs.10.n.95.vol.1.* neq; nostrum sit dicere, vel supplere, quod nõ dicit, nec explevit, *Bal.ad d.l.ad probationem, Io.Pet. Surd.consi.220.n.13.per l.illam, C.de collat.* quia illud

10 solum † probat, quod corporeis oculis in eo legitur, quodq; tenor illius demonstrat, *d.l.ad probationẽ, C.de proba.l.1.ff.de his, q̃ in testa.delent.Franc. Burs.consi.205.n.1.* nec inter partes actum creditur, quod omissum instrumẽto est, *Bal.in d.l.ad proba-*

11 *tionẽ, Crave.d.consi.360.n.2 vers.actũ n.*† maxime cũ verba cõpromissi strictissime sint accipienda, *l.nõ distinguemus, §.de officio, §.itẽ si jubeat, §.fi.ff.de recep.arbit.* Neq; ẽt ad certum quoddã actionis genus coarctatur. Quinimo generaliter ꝓponitur, ꝙ liberi ex primo matrimonio nati cupiunt ad divisionem admitti, sed ex relevantibus causis curatores liberorum ex postremo matrimonio natorum id simpliciter. also schlecht / concedere non potuisse, ut patet per instrumentũ cõpromissi, in §.daß wir demnach.vers. daß wir auß erster Ehe.

12 At† q̃ potior vel maior causa, q̃ hęc ipsa, ꝙ obstet actoribus exceptio, tu nõ es heres? *per d.l.1.§.1.ibi Bar.Imol.Castr.& a'ij post gl Arnol.ab Haersol.d.part. 2 de actio.act.28.n.6.Rofred.Beneven d.par.4.ti.de actio.fam.hercisc.* Idq; expressius cautũ conservatũque videtur in eodem instrumento, vers. darauff zu beyden theilẽ habende forderung / Antwort / Rede / gegenrede / vñ sonst alle notturfft summarie vñ schlecht / ꝛc. Quibus verbis utriq; parti plenissima defensio & libera deductio suæ intentionis, per actionem, exceptionem, replicã, & si q̃ eius generis alia nullo certo numero circumscripta nõ so-

13 lum reservatur, sed insuper ẽt conceditur. Nam †q dicit alle notturfft / omnia necessaria, nihil excludit, ꝙ ad patrocinium causæ pertinere potest, *l. Julian.ff.de leg.3.l.à procuratore, C.mand.Bar. in l. generaliter, §.uxori, n.4 ff. de usuf. leg.* eaq; universaliter nullis coarctata terminis, generaliter sunt intelligenda, *Dec.consi.389.n.5.Wesem.consi.15.n.47. Andr.Tiraq.in præfat.ad l.si unquam, n.116.& seq. C. de revoc.donat.& de retract.lignagi.§.1.gloss.3.num. 8.in fin.*

14 Plenũ † itaq; compromissum, & quidem tale quale JC. *in l.quid tamen, 21.§.plenum, ff.de recept.arbit.* describit, hic contractum est, nempe ut ad omnes controversias circa hanc causam emergẽtes vel incidentes pertineat, & sic etiam ad hanc exceptionem ius agendi actoribus nõ cõpetere.

Quarto licet per hoc compromissum actum esset, ut familiæ herciscundæ iudicium tantũ instituatur, & ꝙ ad hanc, eamq; solam actionẽ coarctatum esse debeat, tamen ne sic quidem huic præiudiciali & litis finitæ exceptioni renunciatum intelligetur.

15 Non† enim qui familiæ herciscundæ agit, cõtinuo confitetur, adversarium sibi esse coheredem, *l.qui familia, 37.ff.fam.hercisc.*

Quinto,† negãt rei, inter actores & se de modo dividendę hereditatis ullã fuisse controversiã sed omnẽ fuisse, & nunc ẽt esse de eo, quod præter opinionem una cum liberis posterioribus actores, primi matrimonii liberi, succedere volũt, cum tamen & statuto, & renunciatione iamdudũ sint ab hac paterna hereditate separati & dissortes facti, ut Cothman. *in resp.5.* loquitur, vel à paterna hereditate penitus exclusi, *secũdũ ea, quæ Iacob.Philip.Portius d.3.3.concl.5.Castr.d.consi.300.inci. sup primo dubio, vo.1.* responderunt, q̃q; de filia per renunciationem iuratam exclusa docuit Bar. *in d. l.1.§.sciendũ, n.3.ibi Seisel.in addi.& Corn.ff.de suis & legi.& in l.Tit.genero, ff.de cond.& demonst.& l.si fili* ff.ad SC.Treb.* nempe eam pro extranea, pro exheredata, pro mortua haberi, nec patri heredẽ esse. 16

De quota.nõ potuit esse, nec fuit controversia, de eo nec compromitti potuit, cũ non entis nullæ sint qualitates, nullaq; accidentia, *c. ad dissolvendũ, de desponsa.impu.li.6.l.ejus, qui in ꝓvincia, ff. de reb.cred.si cert pet.Paris.consi.25.n.28.vol.1.consi.3.n. 5.vol.4.Rol.à Vall.consi.8.n.19.consi.59.n.4.vol.3.* neque id, quod non est, medium agendi esse possit, *Rol.à Vall.consi.58.n.7.vol.3.* 17

Sexto hoc multo magis urgere censentur act* compromissum præcedentes: si quidem hi arguunt, nonduin fuisse litem de eo quantum cuiq; ? sed, an qd actorib. deberet adiudicari? Ex † actib. a.præcedentibus compromissum est interpretãdum, *arg.l.legatorũ.33.§.1.ff.de legat.2.l. Gajo Sejo.ff. de adimend.leg.Nicol.Cisner.ad l.5.n.4 ff.de transact. Io.Pet.Sur.consi.202.n.35.* ut & in simili respondit Ernest.Cothman *resp.4.n.16.& seqq.vol.1.*† Estq; generale, quod actus sequens in executionem præcedentis, secundum ilius terminos & modos intelligendus sit. *Hier Laur, decis.Rot.Aven.124.nu. 6.per l.si pecuniã, in fin.ff.de condict.caus.data.* Itaque nec de hac saltem q̃stione, quantum cuiq; adiudicari debeat? cõpromissum erit: †cũ & per naturam hęc q̃stio, an sit? & quid sit? prior sit illa, quomodo & quantũ sit? teste Aristot. *in Topic.& IC.in l.1.§.itẽ illud sciendum, ff.de SC.Syllaniano.* Septimo, si† p coheredib.actores rei agnovissent & admisissent, frustra cõpromissum fuisset confectum: quia nihil litigii amplius inter eos fuisset, cũ sciãt rei neminem invitum in cõmunione retinendũ, sed uno vel quibusdam à cõmunione ad divisionem ꝓvocantibus, ceteros omnino teneri familiam cum provocantibus herciscere, *l. nulla societatis, ff.pro soc.l.fin.C.cõmuni divid* adeo, ut nec pactum huiusmodi, ne omnino divisio fiat, valeat, *l.in hoc jud ciũ, 14.§ si cõveniat, ff.eod.*† At credendũ non est, frustra hunc cõpromissi actum esse factũ *p l.3.ibi Bal.l.miles ita, ff.de mili, testa.l.ex his, C.eo.Ias. n.11.ad l.centurio, ff.de vulg.& pupil.substit.Wesemb. cõs.38.n.63.* cũ actũ† aliqd præsumatur eo iure & modo, quo fieri debuit ac potuit. *Grav. consi.639. n.5 p l.qdã mulier, ff.de rei vind.l.1.ibi gl.C. de acquir. possess.* & potius ex causa necessaria, quã qualibet alia, *Io.Pet.Sur.cõs.19.n.27.& cõs.164.nu.27.* Compromittendo igitur actores pro coheredibus nõ agnoverunt, multoq; minus admiserunt. 18 19 20 21 22 23

Octavo verba † quantumvis generalia ità accipi debẽt, ut quã minime i* cõmune lędãt, quo ad eius fieri potest, *c.causam quæ.exe.de rescript.c.cũ dilectus, ext.de consuetud.leg.2.Codic.de noxal.action.* 24

Ideo-

Ideoq; secundum eũ modum ea, quæ acta sunt,
erunt interpretanda, quo de iure valere queunt,
per l. si prius, 17. §. 1. ff. de aqua plu. arc. Wesemb. consil. 2. n. 78. in fin. At si hæc exceptio, tu non es heres,
per illud compromissum esset sublata, utiq; sibi
ipsis rei potissimam, imo omnem prope defen-
25 sionem circa hanc causam sustulissent cum † ta-
mẽ iure naturali nihil magis q̃ defensio cuiq; cõ-
petat, *l. ut vim, ubi Dd. ff. de iustit. & iure, c. ius natura-
le, 1. dist.* Sicut ergo appellatio in dubio non vide-
tur remissa vel repudiata, qa species defensionis
sit, *c. ad hæc, 20. not. de appellat. ibi Panor. vers. secundo
nota, in fin. Petr. Gregor. Tolos. de appellat. lib. 5. cap. 3. n.
30.* Ita hæc exceptio, maxime intentionis & quæ
litis finitæ est.

Nono contrahentes, & sic compromittentes
26 non † debent præsumi voluisse quidquam legib.
non conforme agere, aut delinquere constituis-
se, *per l. merito, ff. pro soc. Wesemb. d. cons. 2. nu. 78.* sed
ita actum celebrasse, uti ius disponit, *d. c. ex literis,
extr. de constitut. c. sedes, ext. de rescript. c. veniens ext. de
iureiur.* & ut ex Bald. *ad l. 1. col. 5. C. de SS. Eccles. Afflic.
decis. 44. num. 10.* decidit, quod cuiusq; voluntas
talis præsumi debet, qualis de iure erit. & ut Natta
cons. 195. num. 5. dicit, quod velle quisque præ-
sumitur, id, quod ius disponit, cui etiam Cravet-
ta *consi. 186. num. 9.* subscribit. Idque hoc casu
tanto magis credendum est, quod tam rei quam
actores ex consilio Iurisconsultorum hoc com-
27 promissum fecisse dicuntur. Pro † iurisconsultis
autem præsumptio evidens est, nihil consuluisse
vel fieri permisisse, quod scirent legib. adversum
esse, aut Prudentum reprehensionem incurrere,
per ea, quæ scribit Tib. Decia. *in Apologia pro Iuris-
prud. advers. Alciat. c. 10. n. 28. 29. & cap. 11. n. 7. 8. 9.
11. cum simil.* In maximã a. reprehensionem pru-
dentum hoc incurreret compromissum, esseiq;
iuri contrarium & plane nullum, si per illud rei
tutores ac curatores intendissent remittere hãc
præclarissimam & utilissimã exceptionem.

Consortes enim ac coheredes fecissent in pa-
terna hereditate eos, qui erant d. consortes, qui pro
mortuis & exheredatis erant censendi, & reverá
ius hereditatis paternæ suorum pupillorum &
minorũ absq; causę cognitione p̃torisq; decreto
cũ his commune fecissent atq; ita illicité alienassẽt
28 q̧ iura † nullo modo permittunt, res pupillorũ &
minorũ absq; causę cognitione ac decreto aliena
re, *p l. 1. & tot. t. ff. de reb. eo. qui sub tut. vel cur. ti. C. de
p̃d. mino. l. lex quæ tutores. C. de admini. tut. & quæ Hie.
à Lauren. dec. Aven. 59. Arius Pinell. ad l. 1. par. 3. nu. 44.
& 45. C. de bon. matern. And. Gail. obs. 72. lib. 2. pract.
obs. Octavius Simoncel. de decre. cæter. solen. in contrac.
mino in præfat. nu. 15. & seq. & li. 2. tit. 4. cas. 3. n. 16.
vers. superiori itaq; & n. 17.*

29 Nec cuiquam dubium † esse potest, eiusmodi
compromissum vel renunciationem, qua cohe-
redes reis efficiuntur illi actores, qui non erant,
pupillorum ac minorum coheredes, alienationẽ
esse, cum esset patrimonii deminutio, *Alex. ad l. 3.
ff. de damn. infect. Paris. cons. 127. n. 6. vol. 1. per l. 1. C. de
fundo dot. l. magis puto, §. fundum, ff. de reb. eor. quæ sub
tutel.* & quidem hoc casu patrimonii præsentis,
non autem futuri: quo casu adeo pro alienatione
renunciatio habetur, ut in creditorum fraudem
facta rata non esset, sed revocaretur, *l. 1. §. ultim. ff.
quæ in fraud. credit. Andr. Tiraque. ad l. si unquam, verb.
donatione largitus, numer. 178. & 182. Codic. de revoc.
donat.* Quia manifesta donatio esset: quod non
est administrare, sed dilapidare & perdere *l. 7. ff.
de donat.* quod tutoribus & curatoribus permis-
sum non est. *per l. 1. §. 1. ff. de tute. & ratio. distrah. Po-
ma. in addit. ad Bartolum, in l. pactum, 22. Cod. de pact.*
Credendum itaque non est, Reos per compro-
missum hãc remisisse vel repudiasse exceptioné.

Decimo idem urgere videntur illa compro-
missi verba in §. Wann nun wir/ vers. Was die
eingeholte Urtheil/ so fern sie in der Hauptsache
ubereinstimmen und concordieren/ einem oder an-
dern Part ab: oder zu theilen und sprechen werdẽ/
dasselb für lieb und angenehme/ auch ewig/ stedt/
fest und unwiederrüfflich zuhalten/ ꝛc. Quibus ver
bis procul dubio ille ẽt casus continetur, si nihil ac-
torib. adiudicaretur, sed rei absolverentur. Cõ-
demnabit † enim arbiter vel absolvet, *l. qualẽ, 19. §.* 30
fin. ff. de recept. arbit. Quis ergo credet, hoc tantum
inter compromittentes placuisse, ut arbitris ele-
ctis tantum sit potestas concessa damnandi, non
etiam absolvendi in solidũ, vel aliqua parte. Si sic
fuit † in arbitrũ compromissum, ut eiusmodi cer- 31
tam sententiã (ex partium præscripto) dicat, nul-
lum esse arbitrium, nec cogendum sententiam
dicere, Iulia. scribit *li. 4. ff.* ut autor est Julius Pau-
lus. *in d. l. qualem, 19. §. 1. de recept. arbitr.*

Undecimo, quemadmodum † excipiens non 32
fatetur, adversarium fundatam habere intentio-
nem, *Fulv. Pacia. 1. de proba cap. 22. num. 6. 7. 8. & 15.*
cum hoc, quod excipiendo ꝓponit, ordinatum
sit ad excludendum agentis intentionem, *Bal. ad
l. conventicula. C. de Epis. & cleric. l. non utiq;. ff. de ex-
ceptio. Panor. & Feli. ad c. venerabilis, ext. de except.* Ita
nec etiam fatetur compromittendo, cum nec
hoc compromissum in id ordinatum sit, ut intẽ-
tionem actoris approbet & fundet, sed ut de eo,
utrum per obiecta à reo iura intentio eius exclu-
datur & inanis esse ostendatur, cognoscatur ac
pronuncietur?

Duodecimo, si actores † per hoc compromis- 33
sum vel decretum Senatus, quo prævio in arbi-
tros cõpromissũ est, facti aut declarati essent reo
rum coheredes, maior natu filius in totum pro-
hiberi non potuisset neq; debuisset, ut velut cõ-
tutor ab administratione reorũ pupillorum ab-
stineret, si hanc causam adversus pupillos & mi-
nores reos cõtinuare & iudicialiter ꝓsequi vel-
let: ꝓpter generalẽ regulã *in l. in re mãdata, ibi gl. &
Dd. C. mãdati, l. si patruus, 4. vers. ꝓ cõpetentiũ portio-
nũ modo, C. cõmunia utriusq; iudicij,* quia in reb. pro-
priis hac universa hereditate cõprehensis, seu ꝓ
hereditaria sua portione administratio ei auferri
non potuisset, nisi insigni aliqua iniuria. Decreto
à senatus ei in hunc casum persequẽdæ litis ad-
ministratio omnis & in totum adempta est.

Decimo tertio, si quæ sunt † cautiones here- 34
ditariæ, eas iudex curare debet, ut apud eum ma-
neant, qui maiore ex parte heres sit: cæteri de-
scriptum & recognitum faciant cautione inter-
posita, ut cum res exegerit, ipsæ exhibeantur: Si
omnes ex iisdem partibus heredes sint, nec
inter eos conveniat, apud quem potius esse de-
beant, sortiri eos oportet, aut ex cõsensu vel suf-
fragio eligẽdus est amicus, apud quẽ deponatur,
vel

vel in æde sancta deponi debent, inquit, J.C. Gajus in l. 5. ff. famil. her. isc. Sed hoc nostro casu tantum abest, ut actorib. cautiones hereditariæ à Judice sint permissę, veluti ex maiore parte heredibus, quin potius penitus & descripta & recognita, eis per decretum Senatus, si non aperte, saltē tacite sint denegata: contra vero reis permissa & concessa. Nec etiam communi actorum & reorū suffragio aliquis amicus electus est, apud quem potius esse debeant, sed magistratus ea apud Cameralem suum, virum Senatorium in usum tantummodo reorum deposuit. Ergo vel hoc ipso Senatus declaravit, actores non esse reorum coheredes, & per consequens hanc exceptionem per compromissum remissam non esse, ac proinde eius in laudando rationem habere oportere.

35 Deniq; † familiæ herciscundæ iudicium amplius, quàm semel agi non potest, nisi causa cognita: quod si quædam res indivisæ relictæ sint, communi dividundo de his agendum est, l. si filia, 20. § familiæ herciscundæ, ff famil. hercisc. Ioh. Schneid. ad d. § quadam, ubi de famil. hercisc. action. num. 16. Io. Oldendorp. classe 5. act. 8. num. 10. vers. non amplius autem, Mynsin in dict. § quadam, num 21. Arnold. ab Haersolta de action par. 2. act. 28. num. 5. ubi hanc rationem reddit, quia iudicium universale sit & omnium rerum hereditariarum divisio in iudicium deducatur: & in eo à petitione hereditatis differre (tametsi & illa sit universalis, at non omnium omnino rerum) recte tradit Joh. Schneid. d. n. 16. At semel de hac paterna hereditate cum ipsorū patre actores eorumq; tutores anno 1574. egerunt, quando coram Senatu, accepto omnium tā paternorum, quam maternorum in unam massam, redactorum bonorum semisse, patri quietationem solennem, publica Senatus authoritatē intercedente fecerunt. Amplius ergo hoc ab actorib. intentari non potest, ac proinde eorum intentio fundata non est, sed à limine iudicii d. l. si filia, 20. § familiæ, vel cōpromissi statim repellēdi arg. d. l. 1. ff. de recept. arbit.

Quanquam autem hæc non exigui sane momenti facilime quē in eam sententiam trahere pos-
36 sint, ut putet, † arbitros electos debere reos à cō-
promisso, veluti ab instantia absolvere, reservata petitione hereditatis, ut ea mediante actores coheredes esse declarentur, secundū doctrinam Dd. in d. l. 1. § 1. ff famil. hercisc. Ioh. Schnei. d. § quadam, ubi de famil. hercisc. actio. nu. 7. & 8. Ambros. Schurer. de success. ab intest. titul. 22. act. 8. famil. hercisc. defens. 1. Ioh. Oldendorp. class. 5. act. 8. in 1. defens. rei. Si tamen actorum quoq; fundamenta diligentius attendamus eaque cū his conferamus, ac proinde rem paulo altius ac prolixius scrutemur, diversa non solum æquior, sed & melior videbitur, omninoque sequenda, nempe his non obstantib. actorum intentionem in iure fundatam & in hoc arbitrio attendendam esse.

Primo n. non negatur, neq; etiam à reis absq; insigni impudentia negari potest, actores ex eodem, quo ipsi, patre natos esse, & quidem legitimo thoro intercedēte, ac sibi consanguineos omnino esse fratres sororesq; per l. 4. versi. nam qui l. filium 6. ff. de his qui sunt sui vel alien. jur. § 1. & fin. Inst. de patria potest, l. fin. § secundo gradu, versic. frater quoq; ff. de gradibus cognat. Expediti autem † iuris 37
cum divini, tum humani est: si filius, ergo heres. Tiber. Decian. resp. 54. num. 28. volum. 1. per c. quicunq; 17. quæst. 4. l. maximum vitium. C. de liber præter. l. cum ratio, ff. de bon. damnat. & citat in hanc rem, Mart. Uran cons. 51. nume. 1. & 2. volum. 2. testimoniū D. Pauli Apostoli ad Gal. 4. & sic secundum gl. in l. 1. C. si min. ab hered. se absti. l. 1. § qui sunt in potestate, ff. si quis omiss. causs. testa. l. cum quæsitum. § sed & si suus. ff. de fideicommiss. liber. l. in suis. ff. de liber. & posthu. & in Novell. ut qui oblig. hab. perhib. res min. Barto. in l. necessariis. ff. de acquir. hered. Andr. Tiraquell de retract. ligna. § 1. gl. 9. num. 51. Ias. in l. nō hoc, col. 1. C. unde legi. Dec. in l. 1. C. de pact. Ripam in l. quod te, n. 58 ff. de reb. cred. si cert. petat. Rol. à Vall. consi. 20. n. 6. volum. 1. Hiero. de Lauren. decis. Avenion. 104. nu. 3. Iac. Menoch. præsum. 101. num. 72. versic. respondeo primo, & num. 73. iuris præsumptione liberi illi ex primo matrimonio nati, heredes patri non minus quam ex posteriore oriundi sunt, dict. l. fin. § secundo gradu, versic. frater quoque, ff. de gradib. cogn Novell. 118. cap. primo, l. ut intestato 3. l. si à matre, 11. verb. ipso jure succe-
dant, Cod. de suis & legitim. † Eamque iuris præ- 38
sumptionem non tantum obtinere, si in terminis iuris communis simpliciter versemur, sed maxime etiam, ubi quæstio de statuto est, cuius vigore filius, vel filia vult à paterna maternave hereditate excludi, in terminis respondit Tiber. Decian. d. respons. 54. num. 28. & seq. volumi. 1. Ne-
que sibi ipsi circa † hanc præsumptionem con- 39
trarius est Menoch. qui licet scribat d. præsumpt. 101. n. 72. vers. respondeo primo hāc præsumtionem iuris esse: paulo ante in d. li. 4. præsumt. 76. nu. 17. vers. & falsum est, inquit, iuris esse præsumptionem, q filius sit heres patris. Nam verius est, eum probare debere, qui asserit, filium esse heredem, ut scribit gl. in l. si cum dotem, § transgrediamur, verb. exstiterit, ff. solut. matrim. & ibi Bal. nu. 3. Alex. n. 10. qui eam sententiam communem esse dicit. Non, inquā, Menoch. sibi ipsi hac in parte, contrarius est, neque nobis adversatur, ut nec Bal. à seipso hac in parte dissentit, in c. 1. an agen. vel filius vasall. ubi iuxta dictum Apostoli, filium in dubio patris heredem pronunciat. Nam, ut auctor est Rol. à Val. d. cons. 20. nu. 17. & 18. vol. 1. dictum illud D. Apostoli, & prædicta iuris præsumptio procedit omnino in filio agente, non autem in filio convento: quia tunc qui agit contra filium, uti heredem patris, debet hoc filio negante probare, cum sit causa suæ intentionis: eamq; communem esse opinionem attestatur ex Imola in dict. leg. si cum dotem, § transgrediamur, Bartolo & aliis in dict. l. necessariis, & ex Socin consi. 60 column. 3. volum. 1.

Et ratio est secundum hos: quoniam in his, quæ possunt filio præiudicare, filius ex potentia suitatis nō dicitur heres, nisi probetur immistio. Huc quoque Menoch. d. loco oculos intendit, ostendere volens, cum perpetua non sit hæc iuris
præsumptio, sed aliquo casu falsa, ideo † Decium 40
prætextu huius præsumptionis male interpretari l. 1. Cod. de pact. perinde ac si Philinus patri exstitisset heres, quando nullum verbum nullumve aliud indicium ibi exstet, unde hoc colligi possit, fundamentum decisionis positum in eo esse, quia Philinus patri heres exstitisset: atq; ideo Decii interpretationem meta nici conjectu-

lectura:cũ Phillnius abstinere, vel repudiare hereditatem paternam potuisset,& sic patri heres non esse,iuxta *gl. in d.l.si cum dotem,§.transgrediamur:* secundum quam rẽ subiectam hoc dictum Menochii accipiendum est.

Quia a. in hac nostra facti specie liberi primi matrimonii agunt, non conveniuntur: neq; de suo præiudicio,vel incommodo suscipiendo,sed potius vitando certant:ut ideo secundum prędictam cõmuni calculo approbatam distinctionẽ, merito iuris præsumptione ꝓ patris heredibus censeri debeant,ac proinde fundatam communi iure intentionem habere dicantur *p l.4. C. ad S C.Tertul.l.4.C.de secũd.nupt.Novel.22.§.nec illud, §.ult.d.Nov.118.c.2.Dn.Valen.Forster.de succes.lib.4. cap.16.* Cui præsumptioni tanto magis nunc erit standum,quod statutum M.& allegata renunciatio non minimam patiuntur contradictionem, ut dici non possint probatio probata,eaq; liquida:quemadmodum ex actis& postea suo loco di-
41 cendis manifestum fit.Ubi a.statuta † vel renunciationes in controversiam vocantur,vel obscura sunt,interim cõmuni iuri standum est, ut Zas. *cons.18.n.38.vol.2.* de statuti verbis obscuris respondet,& quoad renunciationem egregie colligitur *ex l.cum de indebito.ff.de proba.*

Secundo,patris P.W.confessio in epistola ad H.natu maiorem filium tum temporis F.commorantem,21.Jun.an.1587.data exstat,qua fatetur,fore hunc H.ex primo matrimonio natum sibi suum legitimumque ab intestato heredem: alioqui frustra minatus ei esset exheredationem, si absq; suo consensu matrimonium F.contrahe-
42 ret.In extraneo † n.aut qui filius non est, vel iura filii non habet,exheredatio res inepta est,*l.quidã cũ filium,132.vers.in eo a.qui non adoptavit,verb.an & hic exigimus ff.de verb.oblig.* quia præteritus nullo modo adversus testamentum veniret,cum instar mortui sit,cui nulla successio debetur,nec i' est impugnandi dispositionem ultimam,*p ea q̃ respõdit Ioh.Vin.Honde.cons.10.n.18.19 & 38.vol.1.Andr. Tiraq de jur.primog.q.53.nu.11 12.13.14.15.16.* qui ait,quod is,qui non succedit ex statuto, vel alias (exclusus sc)æquiparatur ei,qui non est in rerũ
43 natura.Paria n.sunt.filium † non exstare, aut exstare quidem,sed succedere non posse, *per l.pater filium,& ibi gl.ff.de inoff.testa.l.2.§.sed si sui, ibi Bart. ff.ad SC.Tertull.l.1.§.ultim.l.seq.ibi Bart.ff.de bon.poss.cont.tab.l.1.§.si pater emancipatus,§.sed etsi patruus vers.pro mortuo habetur,ff.de conjung.cum emancipat. liber.*

At credendum non est,patrem vanam& ineptissimam causam in tam gravi negotio prætendere,& hoc ipso filium deterrere à nuptiis voluisse,quod sciret. suæ potestatis nõ esse,nec minas suas exitum sortiri posse, præsertim cum filium
44 sciret iuris esse peritũ.Sed & alias in dubio † præsumitur quisq;& sic etiam hic pater,ista scribens voluntatem & intentionem suam secundum leges legumque suffragia accommodasse *l.quæro.§. inter locatorem,ff.locati d.l.quidã cum filium ibi Bar-*
45 *tol.Castrens.Iason,ff de verbor.obligat.* † Confessioni autem paternæ reluctari iusta ratio non patitur, *argum.l.cum à matre.C de rei vindic.Fulv.Pacian.de probat libr.1.cap.9 num.26.* adeoque etiam ea adversus iuris etiam de iure præsumptionem admittitur,*Fulv.Pacia.d.lib.1.cap.1.num.4.* Qui, cum hoc consequens, nempe exheredationem in liberos primi matrimonii cadere cõfessus sit, utique ẽt antecedens confessum esse existimandus est:nempe ius succedendi sibi ab intestato habere,*l.cum precum.C.de liberali caus.Fulv.Pacia.d.li.1.c. 22.n.3.* sumpto argumento à privatione ad habitum,*ut tradit Bal.in l.fin.n.1.vers.in text.verb.testam. C.de sentent.pass.Iason in l.decem,nu.18.vers.quinto p instrumentum,ff.de verb.oblig.* uti per probationem
vel † confessionem treugæ probatur,guerrã prę- 46
cessisse,*Bar.in l.legata inutiliter,n.3.vers.secundo Divus,ff.de annuis legat.* & ex emancipatione facta vel facienda,colligitur præsupposita potestas patria, *Fulv.Pacia.de proba.li.1.cap.22.n.4.*

Qua stante præsumptione,concedendum est, non parum fundatam esse actorum intentionẽ, donec rei contrarium patrisq; errorem doceant, *arg.l.si post divisionem.C.de jur.& facti ignor.* cum dispositionis vel quid declarantis verbis omnino sit *Alciat.de præsum.32.*

Accedunt tertio pacta illa,quæ an.1581.Veneris 16.Jun. P.W.L.eiusq; uxor secunda L. inter se cõtraxêre,quibus renunciationem,si qua est, actoribus remittunt sub ea conditione, si alter eorum, vel utriq; sine liberis ex suo corpore in secundo matrimonio natis decedant.Nulli a. ex eo matrimonio nati sunt liberi. Remissio igitur illa iuris ex renunciatione quæsiti effectũ suum
sortita est.Cõditionis † n.hæc natura est,ut si exi- 47
stat,obligationem producat efficacem, perinde ac si ab initio pure cõtracta fuisset,*Dd.in §.sub cõdit,Instit.de verb.oblig. & in l.cedere diẽ,ff.de verb.sig.*

Nec refert,videri hanc † rem inter alios actam 48
ut ita neq; ꝓdesse,neq; nocere liberis primi matrimonii debeat,*l.quacunq,ff.de oblig.& actio.l.inter stipulantem,§.alteri,ff.de verb.oblig.tit.C.res int.*
alios acta. Nam liberis † nihilominus qualiscunq; 49
voluntas patris sufficere debet,adversus eos, qui & ipsi eidem heredes sunt & esse volunt,*p d.l.cũ à matre,& ibi notat.C.de rei vindic.l.ea,quæ à patre, 7.C.de restit.milit.l.fin.C.famil.hercisc.* videturq; hãc renunciationis remissionem stipulatus ab uxore sua secunda L.C.& per eam stipulationem liberis suis primi matrimonii non minus quam sibi
obligationem acquisivisse:cũ hac † in parte pater 50
& filius pro una eademq; persona habeantur,*per gl.in l.si tibi,§.si pactus.ff.de pact.& tex.in l.ꝙ dicitur, ff.de verb.obl.§.si vero,Inst.de inuti stipul.l Gaius Seius 45.ff.solut.matr.l.pater,7.C.de pact.conven:tam super dot.Alciat.de præsump.reg.3.præsum.31.cum simil.* Est itaq; hic casus exceptus à regula,quæ exstat *in d.l. quacunq,& d.l.inter stipulantem,§.alteri, & in d.tit. C.res inter alios acta.* propter affectum singularem paternum,*per d.l.Gajus Seius,45.ibi Dd.Anto.Gabr. li.3.cõcl.ti.de verb.obl.cõcl.1.n.73.74.&c.* & ꝙ patris stipulatoris intersit,recte liberis prospectũ esse.

Quarto nec cõpromisso ipsi præiudiciũ fieri oportet p hanc exceptionẽ.tibi non cõpetit actio:
cũ † generale illud non sit,sed speciale;iuxta con- 51
siliũ JC.*in d.l.quid tamẽ,21.§.plenũ,vers.sed est tutius ff.de recept.arbit.* Expresse n.statim ab initio hoc unicũ huius cõpromissi obiectum seu subiectũ exprimit in vers. sondlich dahero/daß wir auß erster ehe erzeugte kind vñ erbẽ mit vnsern auß dritter od letzter ehe halb brüdern vñ geschwestern zu gleicher

schicht

schicht vnd theilung verstattet werden wollen/nempe litem inter actores & reos de eo esse, quod actores cum reis hereditatẽ paternã velint æqualiter dividere. At de his pprie † compromissum 52
est, & arbiter iudicare potest, de quib. controversia ab initio fuit, inter eos, qui compromiserunt, non quæ postea supervenit, *l. de his reb. 46 ff. de recept. arbitr. Corn. cons. 76. in princ. vol. 1.*

Etsi vero rei prætendunt non de modo divisionis, sed an coheredes sint actores cum reis in paterna hereditate, litẽ ab initio fuisse, & se vel ignoranter vel studio pacis atq; trãqllitatis hoc largiros fuisse, vel actores seipsos appellaverint liberos heredes primi matrimonii kinder vñ erbẽ erster ehe/ hoc tamen inconstãter & varie dicunt, & longe aliud tenor compromissi testatur, cui standum est, propter reorum propriã subscriptionẽ & consignationem, & quod Notarii subscriptione, tum ẽt ex instrumenti exordio liquet, reis præsentibus palã & clara voce formulã compromissi prælectam, & deinde Notarium rogatum esse:
53 ut valde durum sit id, quod voce, manu ac sigillo suo semel approbaverunt, iterum improbare *p l. generaliter. C. de non num pecu.* Quinto exordiũ
54 compromissi † quin verã contineat causam finalẽ, ad q̃ proprie dirigatur, tum ex verbis ipsis, tũ ex vulgatissimis iuris fundamentis constat, *de qui. Bal. ad l. ut liberis. per illum text. C. de collat Panor. in c. adversus, ext. de immun Eccl. p l. si ff. de here. instit. Ioh. Petr. Sur. cons. 241. n. 17 & cons. 202. n 34. Camil. Borrel. cons. 49. n. 18. Andr. Tiraq. in tract. cessante caussa, limit. 1. n. 5. Purpur. in l. ũ quid. nu. 110 vers. & in præfatione, ff. de reb. cred. si cert pet. Mynf. resp. 10 n. 46.* qui uno ore fatentur & scribunt, quod in quacunq; dispositione & conventione proœmium, tanquã veram causam & mentẽ disponentium ac contrahentium exprimens considerari debeat, cum solum proœmium & quantitatem & qualitatẽ rei ac causæ finalis cõplectatur ac demonstret, *d. l. ut liberis,* adeo ut si quid in subsequentib. dispositũ reperiatur, quod cum causa vel qualitate præfationis non conveniat, ad id autoritas dispositionis extendi non debeat, *Mynf. d. respõs. 10. n. 46. Lanfr. de Oria in c. quoniã. in pr. ext. ut lite nõ contest.* Nulla a. alia in exordio huius cõpromissi reperitur causa expressa, quã hæc unica in vers. sonderlich daheró/daß wir 2c. Itaq; ẽt de hac unica lite, nempe de dividenda hereditate, compromissum factũ esse intelligemus. Et si rursum rei arripiãt verba kinder vñ Erben erster ehe: ac si ea hoc sensu dari possint, quod bonorum primi tantum matrimonii, h. e. eius semissis, quẽ iuxta statutum M. & renũciationis tenorem intuitu primi matrimonii habebunt, heredes sint: hoc tamen à communi usu loquendi & stylo fori recedit, apertæq; menti atque intentioni actorũ compromittentium refra-
55 gatur: ideoq; † nõ illa reorum, sed potius actorũ interpretatio admittenda est, *p l. si quis intentione. 66. ff. de iud.* Cui sexto quoq; adstipulatur Senatus decretum 9. Martii an 97. latum, quod compromissum præcessit eiq; causam præbuit: ubi pronunciatum est, quod arca cum sigillis & documẽtis omnibusq; aliis iuribus communibus, donec hæc causa litigiosæ divisionis inter fratres, &c. amicabiliter composita, vel sententia iudiciali decisa fuerit apud Camerarium I. K. deposita esse debeat: & ut verba formalia sonant: daß die Lade mit den siegeln vnd brieffen vnd allen gemeinen Juribus, so lang biß die sache der streitigen erbtheilung/zwischẽ den gebrüdern/2c. Testatur h. c senatus duo: unum, cõmunia esse iura illa hereditaria apud Camerarium deponenda: alterum die Erbtheilung/sive hereditatis divisionem inter actores & reos controversam esse. Divisionis † a. q̃stio 56
pprie est iudicii familiæ herciscũdæ, *l. 1. l. 2. l. 3. & tot. t. C. fam. herci. Arn. ab Haersol. d. par. 2. act. 28. Oldẽ. d. clas. 5. act. 8. lo. Schnei. d. lo.* Et quorsũ cõmunia iura dicenda fuissent, si nõ inter actores & reos cõmunia putarentur? Actores n. & rei tanquã duæ litigantiũ partes prẽsupponunt, & de his hoc pnunciatur: vñ allẽ gemeinen jurib. Quod decretũ cum † in rem iudicatã transierit, in hoc ẽt pro veritate haberi debet. *p l. ingenuũ, 25. ff. de statu homin. l. res judicata. ff. de reg jur.* Et cũ hic † cõpromissi actus subsecutus sit, intelligetur in exsecutionem illius decreti præcedentis factus ex ea, quã illud exprimit, & nõ alia causa *p gl. in l. quadã mulier, ff. de rei vind. Crav. cons. 91. n. 9. & cons. 158. in fi. Corn. cõs. 76. in pr. vol. 1. cons. 123. n. 3. vol. 4. Ioh Pet. Surd. consi. 241. n. 18.* Septimo corroboratur hoc amplius per tenorẽ cõpromissi, § wañ nun wir. vers. alles auf gemeinẽ der Erbschafft kosten/2c. ubi cõmunis appellatur hereditas, nõ certe inter reos tantũ, sed inter utrãq; partẽ litigantium, & quod sequitur in vers. mit andeutũg vñ außführlicher/ designatiõ quantitatis vel qualitatis bonorũ handlẽ vñ probieren. Itẽ vers. auch sonst nach eröffnũg deß endspruchs inper liquidatione bonorũ alle newe disputation vñ weiter gezänck/2c. Quæ sane designatio † & liquidatio ut simul & semel una eademq; 59
opera proponeretur ac deduceretur, frustra cõvenisset, si voluissent cõpromittentes ante omnẽ aliã exceptionẽ solius huius præiudicialis q̃stionis rationẽ ab arbitris haberi: unde colligitur, aut prorsus hanc præiudicialẽ, tu nõ es heres, attendi nõ debere, aut certe eã in vim peremptoriæ exceptionis per hoc cõpromissũ resolutã esse, non secus ac si iudex ad ulteriora procedere iussisset, *p l 3. § ibidẽ. ff. ad exhibẽ. ubi Dd. cõmuniter.* Stricte a. verbis † cõpromissi inhærendũ est, cũ stricti iuris 60
sit, nec ultra id quidquã veniat, quam de quo expresse actum est, ut veniret. *d. l. quid tamẽ, §. plenũ, Cor. cõs. 63. n. 8. vol. 2.* & ut Jul. Paul *in l nõ distinguemus, § de officio ff. de recept. arbit.* ait, de officio arbitri tractantib. sciendũ est, omnẽ tractatũ ex ipso cõpromisso sumendum: nec n. aliud ipsi licebit, quã quod ibi, ut efficere possit, cautũ est. Nõ ergo quidlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet, nisi de qua re cõpromissum est, & quatenus cõpromissum est, & in §. fi. idẽ J. C. hoc adeo verum & perpetuũ existimat, ut necessarium sit adiici de die cõpromissi proferenda: cæterũ impune iubenti nõ parebitur, si se, de ea proferenda nõ cõvenisset. Octavo, rei † nõ solũ verbis, sed 61
ipsa re ẽt actores pro coheredib. habuerũt, quando non solũ eos ad res expeditorias jñ hergewede sed ẽt ad illas res hereditarias, q̃ servando servari non potuerũt, admisere. Hoc n. absq; heredis nomine & iure vix fieri potuit *p l. p herede l. gerit, l fuit quæstionis ff. de acq. here.* cũ & res expeditorias das Heergewedh/ inter res hereditar. *Mynf. cõs. 58. n. 21.* referat. Verũ qdẽ est, nõ semp esse iure Sax. coheredes

redes, qui res expeditorias accipiunt, Landr. l. 1. art. 23. vers. nempe das hergewette/ & li. 2. art. 15. in fi. gl. in weichbild art. 25. n. 2. quod & Mynf. in d resp. 38. nu. 22 & resp. 35. nu. 26. aliisq; locis fatetur. Sed hoc ita est, si nō sint & defuncti liberi, sed proximi agnati, & tantum agnationis iure absq; hereditario titulo consequuntur cōcurrentes eū defuncti filiab⁹ vel vidua, prout ēt declarat Ambr. Schurorsde success. par. 1. ti. 8. nach Sachsen recht. At hi primi matrimonii filii nō simpliciter, ut agnati, sed ut filii admissi sunt. Filiis † n. debentur
62 res expeditoriæ per prærogativam, quam præ coheredibus suis potiorem habent, uti filię in Gerada Authar different. juris civ. & Saxo. li. 1. par. 1. different. 21 n. 1 & 7. Ergo ut patris coheredes cōsecuti sunt. Et licet ex eo tantum, quod res expeditorias præcipuas acceperunt, sufficiēter probari nō possit, quod pro coheredib. habiti sint, tamē cęteris concurrentibus non leve facit indicium, ut cum non prosint singula, multa iuvent.

Quod autem rei negant, se cum actorib. divisisse mobilia & quæ servando servari non potuerunt, sed contendunt se eis vendidisse, facti est, & cum non probetur, non est attendendum.

63 Nono, exceptioni † præiudiciali ita demū in familiæ herciscūdæ iudicio locus est, ut ab ingressu iudicii actor repellatur, quando is nihil rei hereditariæ possidet, seu non est in possessione, per d. l. 1. §. 1. ff. fami. herci. Dd. alleg. loc. Actores autē res quasdam hereditarias possident, & ex instrumēto quodam constat, apprehendisse eos possessionem ędium aliarumque rerum hereditariarum, tam suo q̃ consanguineorum fratrum sororumque nomine. Neq; hęc possessio eis reperitur adempta, etiamsi solis curatorib. & tutorib. (de quo tamen valde dubitatur) administratio illarum hereditariarum usque ad litis finem sit commendata: cum nec minori, vel pupillo quæsitam possessionē tutoris curatorisque administratio adimat, vel impediat, sed potius defendat atq; cōservet. Nequeunt ergo hoc casu actores à limine compromissi repelli, quia nec ab ingressu litis possent removeri, per d. l. 1. § 1. ibi gl. & interpre. ff. fam. hercis.

Decimo, quod in iudiciis circa has exceptiones intentionis obtinet, illud & in arbitriis compromissariis observari debet, d. l. 1. cū ibi nota. ff. de recept. arbitr. Receptum a. est in iudiciis circa istas
64 exceptiones, ut si maiorem † indaginem requirāt nec in continenti probari possint, resolvi debeant in vim peremptorialium seu defensionalium post litem demum contestatam proponendarū, ut Dd. late per illum tex. in d. l. 3. §. ibid. ff. ad exhiben & tex. in l. ille à quo, §. si de testam. ff. ad Trebel. l. peremptorias. C. empt. rescindi nō pos. c. 1. de lit. conte. Bar. Ale. Ias. ad l. nā posteaquam, ff. de iurej. Bar. ad l. si pupilli, §. videamus, n. 7 de neg. gest. Ful. Pacia, 1. de prob. c. 57. nu. 29. Ioh. Petr. Sur. cons. 252. n. 22. Bar. in l. cum quærebatur, in fi. ff. judicatū solvi. Maria. Soc. ad c. 1. in 2. q. art. 7 ex. de lit. contest. Ergo idem & in cōpromissis fieri, idq; in specie tradit Anto. Blanc. de cōpromis. in tract. ex-
65 cept. imped. litis ingressū, n. 3. Et si quidem † Petr. Costal in d. l. 3. §. ibid. à communi discedere videatur: usus tamen fori & experientia ei non adstipulatur: maxime ubi præsumptio, ut hoc casu, pro actore est, ei iure cōmuni actionem cōpetere, nec eā illi denegandā esse, licet statuto, aut cōsuetudine, vel renunciatione possit fortasse infirmari. At cum hæc facti sint, & probanda, intentionem iuris non negant, sed perimere potius eā, quæ de iure cōmuni est, nituntur, hac conditione, si probentur: ut ideo hoc nostro casu de hac exceptione idem iudicium esse debeat, quod de qualibet alia peremptoria exceptione iuxta d. l. peremptorias, d. l. 3. §. ibidē. & ibi not à Bart. Castr. Alex. & aliis, & in d. l. nā posteaquā. Blarer. d. tract. de exceptio imped. litis ingress. n. 3. Zanger. de excep. par. 3. c. 23. n. 17. & clarius Fulvius Pacia, 1. de proba. d. c. 57. n. 29. verb. quando altiorem indaginē non requirit: secutus Bar. ad l. si pupilli. §. videamus. ff. de neg. gest. n. 7. Fulg & alios allegat.

Quam a. dubia & maiore indagine digna hæc sit exceptio, & quæ in continenti nequeat probari, ex actis ostenditur. Eamq; ob causam hoc ēt convenisse compromittentes videntur, ut uno quasi processu universa causa ac singula eius capita finiantur: cui pactioni omnino standum est, nec fides data violāda, l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de const pec. Deniq; si scientes volentes in hac causa ita compromisissent, ut omnino & ante omnia illa exceptio intentionis attendi debuisset, compromissum iam ab initio nullū esset. Nam quælibet † ex- 66
ceptio impediens litis ingressum, impedit quoq; compromissum, Bal. in l. si fratris, C. de transa. Corn. cons. 209. n. 2. vol. 4 M. Anto. Blanc. de cōprom. in tract. except. impedientib. litis ingres. n. 1. & per totum. Camil. Borrel. de cōpro. §. 2. gl. 1. n. 276. Actū a. inanem facere voluisse contrahentes credēdum non est, per iura supra allegata. Itaq; nec credendum est, hoc animo compromisisse, ut ante omnia & omnino super hac quæstione pronunciaretur, priusquā ad alia perveniatur. Non obstant † ergo, quę scru- 67
pulum movere videbantur. Nam quod ad primā dubitandi rationem attinet, obscurum quidem nō est, & statuto & renūciatione effici posse, ut liberi dote accepta penitus sint ab hereditate paterna exclusi, & sic pro mortuis proq; exheredatis habeantur. Verum hoc ita demum † est, si sim- 68
pliciter & totaliter excludantur: secus autem si non simpliciter, nec totaliter, Phil. Portius d. concl. 5. vers. quarta. Ias. in l. si emancipati, nu. 34. vers. secus C. de colla & in l. qui patris, nu. 7. & 8. C. unde liberi. Ioh. Cāphe, in tract. de dote part. 1. q. 35. Castr. cons. 287. quoniā fundamentum, nu. 8. vers. nā filia non totaliter vol. 1. Statutum a. M. hos primi matrimonii liberos totaliter non excludit, sed tantum, quid pater ad secunda voce transire volens, possit & debeat circa bona in primo matrimonio possessa liberis volentib. facere, ostēdit. De exclusione nullum verbum. At quādo † statutum parenti super- 69
stiti ad secunda voce transeunti aliquid faciendū, vel præstandum liberis imponit, puta ut filias dotet, vel partem bonorum tradat, si non ulterius progrediatur statutum, nec propter hoc ēt à futura superstitis successione iubeat expresse liberos deinceps exclusos esse, nequaq̃ intelliguntur à successione parentis tādem morientis per hoc statutum exclusi: ut in simili statuto de filia dotata distinguit Capra cons. 39. cū viso & considerato, n. 9. 10. & 11. cuius distinctionem approbat Meno, cons. 3. n. 28. vers. nō obstat ult. verb. quod a. respōdit Capra d. cōs. 39., pcedit eo casu, cū statutū simpliciter (de donāda) loqtur, & non procedit ulterius disponēdo, ut ibi Capra n. 11. citando Bal. ad l. 1. C. de legit.

legi, here. clare sentit. Eandemq; distinctionem se-
quit˜ & multis authoritatib. approbat idẽ Meno.
cõs. 4. n. 29. vers. nõ obstant nunc adducta. ubi testatur
quando statutum simpliciter loquitur, quod præ
moriente muliere sine filiis, maritus dotẽ lucre-
tur, quod hoc intelligatur, salva portione filiis
primi matrimonii debita: secus a. si statutum ul-
terius procedat disponendo, &c. Quod & ratio-
70 nem habet non exiguã: statuto † nãq; omissa, ma-
nent in dispositione iuris communis, *l. si extrane-
us, 6. ibi Ias. ff. de cond: ob. causa dat. l. si cum dotẽ. ibi Bar.
ff. solut. matri. Bal. ad l. si vero, §. de viro. ff. solu. matrim.
Octav. Cacher. cons. 10. n. 10.* nec ultra expressa ver-
ba operatur, *Dec. ad l. si fugitivi, nume. 68. C. de serv.
fug. & in l. si is, qui, n. 18. C. qui testa. fac. poss. per l. q. cõ-
stitutum, ubi Bar. ff. de testa. milit.* maxime in corre-
ctoriis & odiosis, *per c. odia. de reg. jur.* Neq; ẽt renũ
ciatio eos à paterna, sed materna tantũ heredita-
te excludit, ut infra plurib. apparebit. Quo fit, ut
hæc exceptio, tu non es heres, hoc casu nostro li-
quida non sit, sed altiorem indaginem requirat,
atq; ideo post litem susceptã reservanda sit: pro-
ut supra ex Bar. Castr. Fulg. *ad l. 6. § fi. ff. de neg. gest.
d. l. nam posteaquã, ff. de jureju. d. l. 3 §. ibi. ff. ad exhiben.
Fulvio Pacia. d. c. 57. nu. 29.* probatum est, & verba
71 compromissi urgent. Prȩterea id, quod † *in d. l. 1. §.
1. ff. famil. hercis.* & similib. locis responsum est, om-
nino locum habet, ubi prima fronte non potest
apparere actoris intentio fundata: secus quando
is, pro se iuris communis autoritatem habet, &
sic ipso iure fundatã esse intentionem suã osten-
dit, ut in simili de filia legitimam petente, nõ at-
tento statuto respondit, *Meno. cons. 8. n. 7. vers.* alia
& secunda ratione inquiens habet D. Beatrix in-
tentionem fundatã, nempe quod legitima ei est
iure, vel ratione saltem naturali debita, *l. cum ra-
tio. ff. de bon. damn.* & scribunt omnes *in auth novis-
sima, C. de inof. test.* Pari modo, iure vel naturali sal-
tem ratione his primi matrimonii liberis pater-
na hereditas debita est, atq; ideo eorũ intẽtio est
fundata. Qua de causa propter obiectum statutũ
& renũciationem hæc exceptio resolvitur in vim
peremtoriæ, nec retinet vim exclusionis, quæ est
72 intentionis: cum † statutũ *Archidiac. ad c. 1. n. 3. vers.
si vero dubitetur, distin. 19. Feli. ad c. pastoralis, vers. item
scias, ext. de fid. instru. Bar. in l. omnes populi, de iusti. &
iure. Fulv. Pacia. li. 1. de proba. c. 52. nu. 12.* & renuncia-
tio, *l. pen. C. de pact. l. cum de indebito. ff. de proba.* facti
sint, neq; præsumantur, sed iuri standum, donec
probentur, ut de statuto apud Feli. & Fulv. Pacia.
nec non apud Archidia. *d. locis* videre est: & de re-
nunciatione latissime probat Mascard. *de probat.
73 concl. 1263* Neq; hoc novum est, ut ex † eiusmodi
accidenti exceptiones prȩiudiciales naturam suã
nonnihil mutent & in vim peremptorialium re-
solvantur, per ea, quæ scribit Ioha. Zanger. *de ex-
cept. par. 2. c. 9. n. 5. & Dd. in d. l. nã posteaquam, ff. de ju-
reju. & d. l. 3 §. ibidem.* Quod cum ita sit circa iudi-
cia ipsa, utiq; ẽt quoad compromissa admitten-
dũ est, eoq; moderamine illud, quod ex Phil. Frã-
co *ad d. c. 1. de lit. contesta. in 6.* & M. Anto. Blanc. *ad
d. c. 1. d. lit. contest. in 6.* & M. Anto. Blanc. *de compro-
miss. in tract. 2. de except. ex succes. n. 2.* allatum est, ac-
cipietur, ut ẽt M. Anto. Blan. seipsum declarat, *in
tract. de exception. impedient. litis ingress. n. 3.*

Hac ratione diluitur, etiam illud, quod se-
cundo, tertio ac quarto loco dubitationem face-
re videbatur, ac si rei non videantur compromit-
tendo hanc exceptionem remisisse, sed potius ut
potiorẽ defensionis suȩ partẽ reservasse, nec cõ-
tractum esse cõpromissum ad certũ actionis ge-
nus, &c. Nã etsi hoc ita sit, nõ tamen consequens
erit retinere hoc nostro casu eã exceptionẽ sim-
pliciter vim præiudicialis & intentionis, cũ iure
cõmuni intentio actorum fundata sit, & præten-
sa exceptio in vim defensionis reservata naturã
induat peremptoriæ exceptionis, litis ingressum
non impedientis. Deinde ẽt ex instrumento cõ-
promissi & prȩcedente Senatus sentẽtia in quar-
to, quinto, sexto, & septimo argumento decisivo
probatum est, ab hac exceptione hactenus omni-
no recessum esse, ut cõpromissum examen prin-
cipalis causæ impedire non debeat. Quibus illa
cõpromissi verba in §. daß wir demnach. *vers.* daß
wir auß erster Ehe. *verb.* vñ aber wir deroselbẽ vor-
münd solchẽ auß erheblichẽ vrsachen/also schlechte
nit belieben können noch wöllen/ non tã obstant q̃
consentiũt. Aperte n. à præcedentib. daß wir auß
erster Ehe erzeugte kinder vñ erben mit vnsers auß
dritter od letzter ehe halbbrüdern vñ eheschwestern
zu gleicher schicht vnnd theilung verstattet werden
wöllen: hæc sequentia: vnd aber wir deroselben rc.
dependent: ut cũ in præcedentib. hȩc quæstio ꝓ-
ponatur, utrum primi matrimonii liberi eo mo-
do, quo volunt. zu gleicher schicht vñ theilung ver-
stattet werden sollen/ h. e. ad æqualem hereditatis
divisionem admitti debeant cũ liberis tertii ma-
trimonii? certe nec in sequentib. ac coherentib.
verbis, vers. vnd aber wir deroselben/ nulla alia prȩ
supponi possit, sed hæc contradictio reorum se
omnino & tantum ad hanc solam motam con-
troversiam in præmissis expressam restringat.

Nec quidquam eos iuvat, quod prætendunt,
verba hæc, quibus actores appellantur auß erster
ehe erzeugte kinder vnd erben/ nõ esse reorum, sed
actorum de se loquentium verba, & ita † testimo- 74
nium in propria causa, cui fides habenda non sit,
l. exemplo, 7. C. de prob. Nã, ut & supra tangebatur,
contrariũ liquet ex verbis in §. wir zu endt gemel-
te rc. ubi totum illum contextum compromissi
communi, eoq; quasi uno ore enarrare se omnes
compromittentes testantur. Liquet idẽ ex §. wan
nun wir/ & multis aliis locis. Deinde † totam hãc 75
enarrationem sigillo & subscriptione sua com-
probaverunt, & absq; ulla contradictione ad a-
cta produxerunt, ut ideo plene adversus eos hoc
instrumentum, & in eo subscripta cõfessio in o-
mnibus probet, *juxta l. Publia. ff. depositi Castr. & d. l.
unic. C. de confes. Anto. de Butr. ad c. fi. ext. de confes. col.
5. Alex. cons. 147. n. 4. vol. 2. Paris. cons. 47. nu. 6. consi.
101. n. 57. vo. 1. Deciũ. cons. 115. col. 2. vers. comprobatur.
Ioseph. Mascar. de proba. vol. 1. concl. 113. n. 17.* Neq; er-
rorẽ quodam, sed scientibus, nec reluctantibus
reis, hanc vocem Erben compromisso insertam
esse diserte fatentur rei in duplicis. §. es ist zwar
nicht ohne. Et sic † vel sola dissimulatio subscribẽ- 76
tibus hisce nocet, lectis & recte intellectis in-
strumenti verbis, *ut per l. fidejussor, §. 1. ff. de pignor. l.
2. C. si res alien. pignor. dat. l. sæpe, ff. de re judic. probat.
Petr. Costalius ad leg. Gajus Sejus, 39. ff. de pignorat.
action.*

Sic nec quintum & sextum obstant, cum & ex-
ordium &

ordium & totus contextus huius compromissi, nec non Senatus decretum evidentissime probent, de dividenda hereditate potiorem quęstionem motam esse: qua de causa etiam in compromisso placuit, ut bona liquidentur, & eorum natura eadē opera explicetur, ut ne qua de iis post latam arbitrorum sententiam controversia superesse possit. At frustra de hac liquidatione & expositione compromissum esset, si nulla de divisione eiusque modo controversia mota fuisset. Deinde quæstionem hanc non repudiant, sed multo magis pręsupponunt duo illa obiecta, statutum scilicet M. & prætensa renunciatio. Idque inprimis etiam propter mutatam patris voluntatem, per pacta anno 1581. cum secunda coniuge facta. Quo fit, ut iura hic à reis allegata ad rem nihil faciant. Et licet natura hæc quæstio prior sit, an sit, & quid sit? Illa altera, quomodo & quantum illud sit? Non tamen continuo consequens est, nullam motam inter compromittentes fuisse controversiam de hac posteriore, sed de priore tantum: tum quod & iure & naturali ratione actores æque, ut rei, ad paternam hereditatem invitantur, *juxta dict. leg. cum ratio, ff. de bon. damnat.* tum quod apprehenderant possessionem hereditariam, seque pro heredibus gesserant, ac admissi fuerunt ad quarundam rerum hereditariarum divisionem: tum denique quod obiectum statutum & renunciatio non tam illam priorem, quam hanc posteriorem quæstionem præsupponunt.

77 Sic † etiam septimi nulla vis est, quando inter eos nondum convenit, quomodo & qua forma divisio fieri debeat: Deinde, si qua huius argumenti vis esset, frustra iura de familia herciscunda inter veros coheredes, non negantes se coheredes esse, introducta esset. Adhoc absurdum est dicere, cum natura & lex nihil frustra operentur. & iura de his, quæ frequenter accidūt, fieri soleant, *l. 3. ff. de legib.*

Sed & octavi minor negatur: non enim propterea se iusta defensione spoliarunt: sed adhuc quæstio remanet, utrum per allegatas exceptiones actorum intentio sit elisa?

Negatur itemq; noni argumenti assumptum; cum tutores pupillorum & minorum exceptiones non videantur simpliciter & indistinctè remisisse, sed quæ de apicibus iuris erant, tantum omisisse, & in peremptorialium vim resolvisse: quod alienare non est, sed lites compendiosius ad finem perducere, ut ex supradictis manifestum est.

Eadem ratione tollitur, quod decimo loco obiectum est. Nam cum una eademq; sententia tota causa finiri debeat, arbitri non impediuntur super his exceptionibus, quatenus vim perimēdi habent, cognoscere, ut si ex actis constet, per eas actorum intētionem revera elisam esse, reos absolvent in totum, vel certa parte: aut si id ex actis non constet, reos condemnent. Quæ condemnatio vel absolutio, cum proprie lite iam suscepta, & non ante locum habeat, utique ex eo hoc infertur potius, has exceptiones hic vim pręiudicialium & intentionis non retinere, sed in peremptorialium vim per compromissum resolvi, maxime cum altiorem indaginem requirant, per iura supra ex Blanco, Fulvio Paciano, Bartolo, Castrensi, & aliis allegata, & præterea etiam iure communi actores intentionem fundatam habeant. Ex quo denique & illud promanat, responsum Iulii Pauli *in d. l. qualem,* 19. §. 1. hic locum non sortiri.

Undecimum quidem ita se habet, si nihil aliud concurrat, quo intentio actoris fundetur, vel saltem de iure communi, *per l. quinquaginta, ff. de probat. Fulv. Pacian. dict. cap. 22. num.* 10. aut præsumptio iuris concurrat adversus excipientem, *ibid. num.* 29. vel quæ alia probatio, *ibid. num.* 45. De iure autem communi actorum intentionem fundatam esse supra probatum fuit. Qua de causa hic attendi illud non potest.

Factum, quod in duodecima obiectione præsupponitur, actores negant, neque probatum est. Deinde etsi prohiberetur † administrare una cum cæteris contutoribus natu maior filius: ea tamen prohibitio se in infinitum non extenderet, sed quatenus non posset in eadem hac causa simul & actoris & rei partes sustinere, *arg. §. item propter litem. Instit. de excus. tut.* 78

Denique consequentia necessario vera non est, cum † administratio illa communionem nō tollat, sed ea in usum & commodum triumphātium cedat, obligatique administratores non minus erunt actoribus, & quidē negotiorū gestorum iudicio, q̄ etiam reis pupillis tutelę nomine, & filius ille natu maximus interim est à tutela vel cura excusatus, *per dict. § item propter litem, l. si pupillum,* 20. *l. propter litem, ff. de excusat. tutor, l. 1. ut allegas, Codic. eod. §. ultim. Institut. de authoritat. tut.* 79

Sic etiam decimi tertii præsuppositum factū ab actoribus negatur, neque à reis probatum est: deinde decretum magistratus quod intercessit, eo fine latum non est, ut decerneret, utrum apud hos vel illos heredes instrumenta illa esse debeāt sed sequestro iudices commiserunt, donēc hæc lis esset finita: ut ex senatus decreto constat.

Sequestratio † autem illa neutri parti præiudicare potest, quoad principalem hanc controversiam. *per § fin. in vers.* vnd so das beschehen/ soll alßdann solches keinem theil an seinem ꝛc. 2. *ordin. Camer. titul.* 21. daß die sachen der streitigen Possession. 80

Ultimum † quidem omnino locū posset sortiri, si hic de una eademq; hereditate iam olim inter patrem & liberos divisa ageretur: essetque divisio illa iudicio familiæ herciscundæ intercedente peracta, arbitro vel iudice decernente: *per l. 1. ibi notat. C. famil. hercisc. Ioha. Schnedew. d. nu.* 16. *& seq. per d. l. si filia,* 20. *§. familia herciscundæ.* Sed utrumque hic negatur. Nam divisio nulla facta est, sed loco divisionis intercessit transactio quædā, qua certa quantitate recepta hereditati illi, q̄ tum in quæstione erat, renunciatum est: neque si facta esset, aut si hæc transactio pro divisione habenda, utique suscepto familiæ herciscundæ iudicio, & cognita causa intercessisset. Neque illud omne, quod coram † magistratu fit, continuo etiam actionis iure expeditur, *arg. l. 1. ibi not, ff. de jurisdict. omn. judic. l. 1. de var. & extraordin. cognit. Dd. ad §. omnium inst. de action.* neque † quælibet affirmatio vel approbatio magistratus vim iudicati habet, quando illa per modum scientiæ non inter- 81 82 83

Ee 2 terce-

teredit, *l.1. ff. de re judic.* At hoc renunciationis instrumentum testimonii seu probationis gratia à Senatu M. consignatum est, non autem factum per modum decreti, ut ingressus & finalia verba satis probant. Qua de causa frustra res iudicata praetenditur, quia nulla est, cum nulla pronunciatione iudicis controversia illa finem acceperit, *per dict. leg. 1. de re judic.* Sed nec de una eademque hereditate iam quaestio est, de qua anno 1574. fuit. Nam tum temporis in quaestione versabatur hereditas materna: nunc paterna: quae
84 specie † omnino differunt, ut sic exceptioni rei iudicatae locus esse non possit, quia non est de eadem re, neque ex eadem causa, *per l. 5. l. cum eadem, 14. l. si is, qui heres, 25. l. cum de hoc, 27. ff. de excep. rei judic.*

Neque praesumptio iuris aliqua est, quod cum vivo patre etiam paternam hereditatem divisissent: cum viventis nulla sit hereditas, *l. qui superstitis, ff. de acquiren. heredit.* Ideoque, vel hac praesumptione actorum intentio fundata est, donec rei contrarium probent.

SECUNDAE QUAESTIONIS RESOLUTIO.

Restat ergo ut inquiramus, utrum actorum intentio per statutū M. vel renunciationem veluti exceptiones peremptoriales reorum sit elisa?

I. De Statuto.

Quod ad statutum M. attinet, illud Rei ita interpretantur, ut ex eo inferant, quod propter divisionem factam à patre ad secundas nuptias transeūte, liberi ex primo matrimonio nati planè sint exclusi tā à paterna quā materna hereditate: eamque ob causam nihil amplius eis deberi posse ex his bonis, quae in secundo & tertio matrimonio sunt acquisita vel possessa, quaeque parens communis ex hac vita decedens post se reliquit, sed ea omnia liberorum esse posteriorum: multisque confirmant, eiusmodi statuta, liberos primi matrimonii certa bonorum parte accepta excludentia, iure valere & firma esse, quod pluribus persequitur Tiber. Decian. *Resp.*
85 *26 numer. 69. volum. 2.* Cum statuto † non solum minui, *Salicet. ad authent. novissima, num. 10. C. de inoffic. testam. Hieronym. Cagnol. ad l. jura sanguinis, nu. 10. ff. de reg. jur. Camill. Borell. cons. 49. n. 47. 64. 65. & 66. Menoch. cons. 504. num. 38. And. Gail. obs. pract. 122. num. 11. lib. 2. Ascan. Clemens de patria potest. effec. 16. num. 22.* sed & tolli legitima possit, *Barto. in l. Titio centum § fin. ff. de condit. & demonstr. Iason ad l. quoniam in prioribus, num. 3. & in d. Auth. novissima, num. 51. C. de inoffic. testam. Anton. Natta cons. 308. nu. 5. Ascan. Clemens d. effectu. 16. num. 26. versic. unde dixerunt. Andr. Gail d. observ. practic. 122. num. 9.* maxime si ex rationabili causa omnino eam tollat, *secundum Andr. Gail. d. observ. practic. 122. num. 9.* maxime si ex rationabili causa omnino eam tollat, *secundum Andr. Gail. d. obser. practic. 122. nume. 12.* ubi dissidentes hac de re opiniones eo modo, ut & Ascan. Clemens *d. n. 26.* conciliat.

Quia autem penitus primi matrimonii liberis legitima hoc statuto adempta non est, sed ex eventu quandoque videri potest deminuta: cum debeat habere semissem omniū bonorum quecunq; constante matrimonio primo parētes eorum possederunt & habuerunt, sine ullo discrimine, unde originem habeant, vel à quo & quomodo sint acquisita, quaeq; alterius mortis tempore extiterunt, ut verba statuti evidentissime probāt, quae eiusmodi sunt: Vorthmehr ein recht ist in vnser Statt / Sete in vnser Statt eine Fraw mit kindern / der jr erster Echteman todt were / ofte ein Mann / dem seine Frawe todt wehre / würde de Frawe ofte die Man deß tho rades / dat sie sick scheiden woltē van den kindern / dessen möchtē die kinder nene Verweigerung don / die Frowe ofte de Mann enmochte nehmen die helffte alles des Gutes / dat dar wehre / in Erbfall / in redem Guede / oder in fahrender Haaue / vnnd late de ander helffte den kindern / idt entbrecke dann an der Vorwort. Oker mögen gene Oldern eren Vnmundigen Kindern schichtunge doen / se endoen dat mit weten vnnd Willen erer Vormunder / gesettet vnnd bestettiget vom Rade. Hoc est. Nunc deinceps ius civitatis nostrae est, si mulier cum liberis in civitate nostra foveret larem, cuius maritus obiisset, vel si vir ibi degeret, cuius uxor mortua & vidua illa vel viduus se à liberis segregare vellēt, id liberos impedire non posse, & permissum esse mulieri, vel viro retinere dimidiam partem hereditatis tam rerum mobilium seque moventium, quam immobilium, reservata altera parte liberis, nisi pacto aliter sit cautum: neque licere parentibus cum liberis impuberibus dividere, nisi cum consensu & auctoritate tutorum à Senatu liberis datorum. Ideoque secundum reos hoc statutum iure omnino valet, nec impugnari potest.

Quod autem hoc statutum M. hunc sensum habeat, nempe quod propter semissem bonorū per divisionem assignatum ab omni reliqua parentis dividentis successione penitus & in perpetuum liberi primi matrimonii exclusi esse debeant, nec ullus eis regressus patere, hoc primo inde probatur: quia statutum dicit, dat sie sick scheden wolden von den Kindern / hoc est, quod se à liberis segregare sive separare vellent. Separatio autem † parentum à liberis, sive segregatio illa 86
nihil aliud importat, quam hoc ipsum, ut liberi illi per hanc separationem fiant, quasi extranei & emancipati, nec non dissortes, seu à paterna maternaque domo ac familia exclusi: *iuxta tradita ab authore differen. jur. civil. & Saxon. lib. 1. part. 1. differ. 19. num. 2. & libr. 2. part. 1. differ. 36. verb.* Wo sich die Kinder von dē Vatter scheiden / *per* Landtrecht. *artic. 11. lib. 1. à Iohanne Schneidew. Instit. de patria potest, numer. 47. in fin. & ibi à Wesembec. in addit. qui testantur.* Absonderung vnnd Abscheidung der Elteren von den Kindern / nihil aliud esse, quā emancipationem quandam seu instar emancipationis, & quod divisione bonorum facta per eiusmodi separationem liberi fiant dissortes, hoc est, abscissi & penitus exclusi ab omni successione parentis superstitis, *probant Modest. cons. 2. quaest. 1. volum. 2. & Ernest. Cothman. cons. 5. num. 19. 20. volum. 1. Laur. Kirchov. cons. 5. volum. 2. varior.* Oportet enim statuti verba † cum effectu accipi, ut 87
quid operentur ultra, vel praeter, aut contra ius commune, ne videantur otiose posita, Bar. *in l. ceteram Titio. ff. de verbor. signific. Alciat. ad leg. primam, num. 3.*

*num.3.ff.de verb.oblig.Cacheran.cons.53.nume.19.per l.generali,32.§.1.ff.de usu & usuf.leg.*adeo,ut ubi statutum idem disponit,quod ius commune dicatur continere iuris iam cessi extensionem, & nõ restringatur secundum ius commune,*ut ait Ioh. Petr.Surd.cons.252.nu.26.per l.1.§.nunciatio,ubi Bar. & alij.ff.de novi oper.nunc.& Negusan. de pignor. in 2. membro.8.part.princ.n.3.*

Et certe huic interpretationi vocis scheiden eo magis inhærendum hic est,quod Saxonico solo civitas M.vicina est,& in confinibus Saxoniæ & Westphaliæ sita,vicinaq; Lubecensi vicinior a. Bremensi Reipubl.aliisq;oppidis eiusdem generis statutis utentibus,quæ hanc vocem abscheiden/scheiden/absondern/2c.in hoc significatu ac-
88 cipiunt.Sicut autem in stipulationibus † cæterisque contractibus interpretandis hoc receptũ est,ut id sequamur quod actum est,aut si id non appareat,ut id sequamur,quod in regione,vel ei in qua actum est,vicina frequentatur, *l.semper in stipulationib.34.ff.de reg.jur.l.4.ff.de tritic.vino, oleo, leg.l.item Mela.verb.cum in ea regione agi proponatur. ff.de aliment.legat.* Ita & in statutis interpretandis cum eandem oporteat interpretationem fieri in statutis,quæ fit in stipulationibus,*Bartol.ad l.omnes populi,ff.de justit.& jure.Constantius Roger.in tractat.de jure interpret.quæst.princip.5.num.35.in fine & 360.*& quod statuti ac consuetudinis interpretatio à vicinis patriæ locis assumenda potius sit, quàm aliunde, clare respondit Aym. Cravetta *cons.118.n.3.itemq; Wesemb.cons.95.n.23.nec Bartol. in d.l.omnes populi.abhorret.*

89 Secundo statutum à statuto simili potius,† quã à iure communi interpretationem recipit, cum maior inter statutum & statutum, etiamsi alterius populi.*Decius in c.ex literis,num.6.& 7.ext.de constitut.Iohann.Vincen.Hondedeo consil.1.num.64.* vel civitatis aut loci sit,*Tiber.Decian.Resp.51.nume.57.volum.2.per c.ex parte,cum gloss.c.super ext.de censib.* exitat affinitas, quam inter statutum & ius commune,*Anchor.consil.38.pro decisione.Aym.Cravetta consil.606 num.8.consi.814.num.8.versic.inde dicimus:*quia in habentibus idem symbolum facilior est transitus,inquit,Phil.Decius *ad c.causam, quæ;numer 8,in fin.ext.de rescript.*

90 Sed Bremense statutum † de quo Modestin. Pistor.*in dict.consi.2.quæst.1.volum.2.*& Lubecense,de quo Ernest.Cothman.*d.Respons.5.volumin.1.* omnino simile est huic M.idemque symbolum habet:tum ratione rei subiectæ seu facti speciei:tum etiam verborum & rationis. Utrobiq; enim de liberis primi matrimonii; cum quibus iuxta statuti tenorem parens superstes ad secunda vota properans omnia tam sua quam defunctæ coniugis bona dividit,ita ut illi semissem omnium accipiant;hic alterum semissem sibi retinear.Verba eadem entscheiden/scheiden/abscheiden/2c. & hic & in utroque illo statuto reperiuntur : ac insuper hæc eadem clausula M.in verb.Ocken mogen gene Olderen eren unmundigen Kindern/2c.annexa,licet non totidem verbis mente tamen ac sententia eadem exstat in utroque illo altero,præsertim in Lubecensi, quod & Rostochiani observant:nempe ut fiat hæc separatio & divisio coram senatu adhibitis tutoribus & curatoribus impuberum.

Ratio eadem ex eo relucet,quod non minus hoc M.quam Lubecense & Bremense factum sit in favorem liberorum iam natorum & odium secundarum nuptiarum,ut Modestin.Pistor.*d.q.1.& Ernest.Cothman.d.resp.5.num.127 137.vol.1.*& passim ostendunt,*arg.l 1.ff.de inoffic.testa.l.fœmina, l.hac edictali.C.de secund.nupt.*ut ubi eadem † ratio 91
est,idem quoque ius statutum censeri debeat, *l. ultim.C.de consti.pecun.l.illud.ff.ad l.Aqui l.à Titio.ff. de verb.oblig.Nico.Eberhard.in loco legali à simili.Frãc. Burs.cons.161.num.31.Meno.cons.91.n.21.cons.94. num.9.& consi.113.nu.4.& 5.*& ut Feudista loquitur, æquitas in paribus causis paria iura desiderat,*c.unic.d.allod.* Debet itaq; & M. statutum eodem modo interpretari, nempe ut in perpetuũ & simpliciter liberi primi matrimonii sint exclusi,prout prędictum Bremense,Dn.Modestin. Pistor.*d.cons.2.quæst.1.*& Lubecẽse Ernest.Cothman.*d.cons.5.* interpretantur.

Tertio accedit suffragium & irrefutabile testimonium communis utriusq; partis litigantiũ parentis P.W.Is enim 16.Junii anno 1581.manu sua in pacto, quod ei cum secunda sua coniuge L.C.placuit,§. Ob wol ich Paull/2c.vers.Unnd so fern uns der Allmächtige keine Kinder/2c. Ita interpretatur,quod post factam divisionem, secundum formam statuti reliqua bona paterna ad superstitem & liberos secundi tertiive matrimonii solos debeant devolvi, quando ait, unnd soferne uns der allmächtige keine Kinder zusamen bescheret/solch unser wol gewonnen Gut nach unser eines tödtlichen Abgang auff das ander/unnd fürter auff desselbigen Erben billich unnd Rechts wegen ohne jemands Einrede fallen muß. Ubi quæ alia æquitas vel quodnam aliud jus in considerationem venire potest præter hoc statutum M.& iuxta illud facta divisio?uti patet ex præcedentibus & potissimum ex verb. Jhre Abscheid
von meinen Gütern/ Assertioni † autem patris 92
merito fidem liberi habent, ut quibus semper sancta & honesta patris persona videbitur, *l.1.l. liberto,9.ff.de obseq.parent.& patron.præstand.* nec ulla parentum castigatio in dicto vel facto competit. Erubescit enim lex castigatores filios genitoribus statuere, inquit,Justinianus *in Novell. 22.cap.24* de lucro nuptiali à parentibus alienato differens.

Quarto fatentur ipsimet actores cum in replicis,tum in conclusionibus, vigore statuti potuisse patrem P.W.totum illum semissem, quẽ facta separatione retinuit,inter vivos, propter nuptias, vel mortis etiam causa secundæ uxori suæ donare,& quod totus ille semis,cum omnibus postea quæsitis pertinuisset ad secundam u-
xorem,si ante eam pater obiisset. Quod † ergo 93
iuris est in uxore secunda, illud & in tertia erit. Siquidem omnes nuptiæ, quæ primas sequuntur,etiamsi vigesimæ sint,secundæ dicuntur.*glos. ad Rubr.C.de secund.nupt.& ad Rubric.ff.de vulg.& pupill.substitut:& in l.si quis prioris,8.§.talem.C.de secund.nupt.*ubi Decius *ad Rubric.num.5.* hoc explicans ait;quod tertium matrimonium dicitur secundum respectu secundi, & quartum dicitur secundum respectu tertii,& ita deinceps. Quod etsi ordini numerorum non videatur convenire,quantum ad iuris tamen dispositionem atti-

net, est inquit, verissimum. Quinto, qui semel
94 suum † recepit, amplius idem petere non po-
test, *l. Stichum, § dolo ff. de solution. l. bona fides ff. depo-
siti*, quia bona fides non patitur, ut idem bis exi-
95 gatur, *l. bona fides, ff. de reg. jur.* Et solutione † eius,
quod debetur, omnis tollitur obligatio. *§. 1. Insti-
tut. quib. mod. tollitur obligat. l. si ex noxali. ff. de pe-
culio. Ascan. Clemens de patria potest effect. 16. num. 13.*
96 At hi liberi primi † matrimonii semel pater-
nam hereditatem non minus quam maternam,
vel certe vice eius legitimam consecuti sunt per
hanc bonorum divisionem ex statuto proceden-
tem, *argum. l. si non mortis, 25. ff. de inoffic. testamen. &
quæ scribit Bald. ad l. 2. versic. quæro quid de legitima, C.
de revoc. his, quæ in fraud. credit. & in l. fin. §. & cum an-
tiquitas, columna. pen. versic juxta prædicta quæro, dicit
statutum, Cod. de usur. rei judicatæ, secutus Iac. Butrig.
ad l. si quando, § illud, C. de inoffic. testam. per l. cum quo
de peculio, 56. §. fin.* Eam igitur amplius petere non
possent.

Quod autem legitimam eis statutum voluit
in vita patris, etiam ex bonis paternis esse assi-
gnatam, hoc varie demonstrari potest, & inter
cætera hoc modo: Si enim hic semissis ei non ce-
deret, in legitimam tam paternam quam mater-
nam, pater ad secunda vota transiens bona sua li-
beris conferre, ac in unam quasi massam cum
maternis cogete, & sic dimidiam partem eis da-
97 re obligatus non fuisset, cum † collatio bono-
rum in patre & matre fit res vanissima, *Vital. Ne-
mausf. de collat. cap. de person. confer. numer. 10. Saporta
de collat. cap. 6. num. 63. Iason ad l. si emancipati, 9. nu-
mer. 27. 28. & 29. Cod. de collat.* neque etiam legi-
timæ nomine eis in vita sua aliquid dare debuis-
set: quia superstitis nulla est hereditas, *l. qui super-
98 stitis, ff. de acquir. hered.* nec legitima † in vita pa-
tris debetur, nec in vita patris liberis defertur,
Iomn. Petr. Surd. 192. numer. 26. neque à Patre exi-
gi sub legitimæ prætextu quid potest, *l. 1. §. 1. si im-
pubes, vers. præmatura est enim ff de collat. bon. Auth.
si qua mulier, ibi Bartol. & Bald. C. de sacros. Eccles. An-
ton. Corset. in singularib. verb. legitima, numer. 2. Bald.
& Iason. ad l si quando, § illud, in princip. Cod. de inof-
fic. testam. late Ascan. Clemens de patria potestate in ef-
fect. 16. nume. 56 59. 61.* nisi pater bona notorie di-
lapidaret *ut idem Ascan. Clem. de effect. 16. num. 61. ex
Socino, Bald. Petro, de Raven. singu. 469. Anton. Tri-
gon. sing. 10. Ario Pinelo ad l. 1. part. 3. nu. 75. C. de bonis
matern. late probat.*

Hoc autem statuto eo pater redigitur, ut pro-
priis suis bonis collatis & in unam quasi massam
cum bonis defunctæ coniugis coactis ex univer-
sa illa massa seu universo hoc patrimonio liberis
primi matrimonii semissem concedat. Hunc er-
go semissem statutum M. eis veluti legitimam
non solum ut maternam, sed etiam ut paternam
99 in vita patris assignat. Deinde hoc † quoque
urget: ratio æqualitatis inter liberos servandæ,
*juxta Novel. 22. §. illud quoq; & l. cum oportet. C. de bo-
nis, quæ liber.* Nam cum inæqualitas inter filios
generet discordiam & invidiam, *dict. leg. cum opor-
tet. Corne. consi. 13. num. 5. volumin. 3.* & cum secun-
dum eundem *Corn consi. 289. volum. 3.* ac proinde
inæqualitatē iura inter filios reprobent, ex eo præ-
sumendum non est, statutum materiam inæqua-
litatis generare voluisse. Sed quando pater ad
secunda vota transiens cum liberis primi matri-
monii bona sua & defunctæ coniugis prædicto
modo dividit magno eos commodo afficit, quo-
niam illi statim de portione sua hereditaria fi-
unt certi ac tuti: quia etiamsi patris patrimo-
nium postea minuatur, vel etiam penitus inter-
eat, salva tamen manet liberis hæc portio legiti-
ma semel assignata, quam & pleno iure habent,
& lucrum omne ex ea capiunt, ut Modestin. Pi-
stor. *d. consi. 2. numer. 20. & 21.* arguit: cum contra
liberi secundi matrimonii longe minorem por-
tiorem habituri sint, periculumq; subituri.

Quod si iam rursum hanc patris portionem
post eius obitum cum consanguineis fratribus
ac sororib. dividere debeant, summa utiq; inæ-
qualitas esset futura. Præterea periculum † dam- 100
ni & emolumenti hic merito compensatur, ut si
quid eventu fortunæ amplius habituri sint libe-
ri posteriores, non possit dici, aliquam hic subes-
se læsionem, *juxta l. 1. l. de fideicommisso. C. de transa.
l. si ea lege, C. de usur. l. si pater puella, C. de inoffic. testa.*
Unde hoc elici solet: quod quando aliquid se ha-
bet ad lucrum & ad damnum, non possit præ-
tendi aliqua læsio, licet causaliter contigerit da-
mnum, vel lucrum.

Urget idem vox, **vnd laten die ander helfte den
Kindern**/ Quæ verba hoc inferre † videntur, 101
quod pleno iure, nullo reservato usufructu patri
debeant ad liberos pertinere: quod sane arguit
eos dissortes fieri, & à patris superstitis ad secun-
da vota transeuntis non minus, quam defunctæ
matris bonis penitus excludi. Verba namq; sta-
tuti cum effectu sunt accipienda *Paris. consi. 84. n.
11. libr. 2. Menoch. consi. 157. numer. 25.* Ubi etiam in
hanc sententiam Deciū *cons. 527. in fi. & cons. 617.
in fin.* allegat.

Urget idem vers. **Id enbrecke dan an der vor-
wort**/ hoc est, nisi pacto aliter sit conventum, quod
intelligendum videtur de pactis dotalibus, quæ
superstes cum nova nupta vel novo marito fece-
rit. Et cum † dotalia pacta, quatenus de suc- 102
cessione inter coniuges disponunt, vim ultimæ
voluntatis habeant. *c. filij nati, si de feud. defunct. con-
tent. Wesem. consi. 63. in fin. Mynf. obser. 33. cent. 2.*
utique hæc verba de universa superstitis succes-
sione paterna vel materna accipienda sunt, & sic
etiam reliqua antecedentia, *argumen. l. si de certa,
Cod. de transact.*

Siquidem † consequentia declarant ante- 103
cedentia, ut constet de qua re disponant, *l. quæsi-
tum, §. 1. ff. de legat. 3. l. si cum fundum, 126. ff. de
verbor. sign.* &c. *Wesembec. consi. 15. nume. 66. Io. Vincen.
Honde. consi. 1. n. 50. vol. 1.*

Deniq; uti hoc incommodum pater eiusq; li-
beri postea geniti sentiūt, ut suorū quoq; bono-
rum priores liberos in divisione pater faciat par-
ticeps, ita etiam hoc commodum sentiet & quos
postea procreavit, ut hi reliqua sibi solis post obi-
tum patris vindicent: quia ubi † onus est, ibi & cō- 104
modum esse oportet, *c. qui sentit, de reg. jur. 6. l. id, quod
post, ff. de peric. & commod rei vend. l. secundum naturā.
ff. de reg. jur. Bart. & Bald. ad l. amicissimos, in prin. ff. de
excusat. tutor.* ac proinde M. statutum hoc inten-
dit, ut liberi primi matrimonii patre ad secunda
vota transeunte legitimam habeant assignatam
cum tam quo ad paterna bona, quam materna.

Sexto,

Sextò, quod hac bonorum portione dimidia accepta liberi primi matrimonii debeant esse dissortes & exclusi à reliquis paternis bonis quasi exheredati, videtur rursum evidenter ex statuti M. verbis probari. Ait enim: Würde de Frawe offt de Mann deß tho Rade/ dat sie sick scheden wolden von den Kindern. Hæc verba non intuitu tam bonorum defunctæ coniugis vel patrimonii, quàm respectu ipsarum personarum, quæ segregare debent, prolata sunt; illudq; volunt, si pater vel mater se à liberis separare velit; id liberos impedire non posse. Quæ separatio patris à filiis, matris à filiabus, quid aliud est, quā quædam filiorum abdicatio, abscissio, abalienatio seu negatio, & è familia eiectio? *juxta l. abdicatio.6.C.de patr.potest.* Plin.*lib.7.cap.45.* de Agrippa posthumo loquens, Sueton.*in Augusto.cap.56.* Alciat.*lib.2. disjunct.cap.28.* quod extremum patriæ potestatis fulmen à Brissonio appellatur.

105 Etsi vero legibus Romanis † abdicatio illa, Græcis usitata, recepta non sit, *d.l.abdicatio.6.* hàc tamen, quæ ex statuto est, non impedit, neque prohibet, cum ea non ob delictum nec privatim & absque lege fiat, sed cum quodam honoratio, quod est dimidia pars omnium bonorum, & publica autoritate. Deinde, quod hoc statutum potius hic abdicationem & separationem familiæ, qua eiiciantur familia liberi, inducere voluit, quàm nudam ac simplicem divisionem hereditatis, vel patrimonii, probabile facit, quod arbitrio superstitis secundas nuptias contrahentis illa divisio permittitur. Quod si nuda ac sola hic attendenda esset divisio, ea quoque concedenda fuisset liberorum volūtati atq; arbitrio, *juxta l.1. C.de bon.matern. l.cum ratio. C. de bon.qua liber.cum sim.lib.* At quando propter acceptam dotem vel

106 legitimam in vita patris statutum † aliquem ab ulteriore successione excludit, perinde est, ac si is exclusus, sive abdicatus, mortuusve esset, itemque exheredatus, actoribus ipsismet confitentibus, & Reis acceptantibus quasi indubitatum, *juxta doctrinam Andr.Gail.practic.observ.140. n.13.vers.quia inducit quandam exheredationem lib.2. Mynf.resp.10.nu.60.& seq. Ernest.Cothman. d.cons.5. n.89.Iohan.Pet Surd.cons.138.nu.20.cons.85.n.21.& cons.185.nu.4.* ut cum aliis liberis in petitione hereditatis vel legitimæ, eiusve augmenti concurrere non possint, nec admittantur, *Emanuel Soarez in thesauro commun.opin.verb.exheredati.nu.223.* Itaq; hoc quoque casu liberi primi matrimonii per illam separationem & divisionem juxta statuti tenorem factam, dissortes & quasi exheredes facti cum his posterioribus liberis ad patris communis defuncti hereditatem non debent adspirare, imo ne quidem augmentum vel supplementum legitimæ petere.

Cui septimò accedit autoritas Baldi *in l.2.C.de*

107 *revocan.his quæ in fraud.cred.* qui † vult, quod quando pater ex forma statuti tenetur assignare filio legitimam, intelligatur pater fictione statuti mori tunc, cum portio assignatur, & quod quicquid postea contingit, non augeat nec minuat filii legitimam. Et rursum *in d.l.fin. §.& cum antiquitus. C.de usur.rei judic.n.14. col.pen.* tenuisse dicitur, quod filius, cui semel assignata est legitima in vita patris, non possit petere augmentum, etiam auctis postea facultatibus patris, eamq; sententiam consulendo secutus esse dicitur Curtius *consil.suo ult. col.2.* dicens, hanc esse communem sententiam, & ab ea in judicando recedendum non esse, eundemq; secutus est Modestin. Pistor.*d.cons.2. nu.23.& 24.vol.2.*

Octavò, si hæc mens ac sententia statuti non esset, ut perpetuò & penitus ab omni paterna successione essent liberi primi matrimonii exclusi, prudentissimus Senatus M. civitatis eam conventionem vice divisionis factam ac transactam sua auctoritate & sigillo non confirmasset. Præsumitur † enim pro magistratu eiusque 108
sigillo, *per ea quæ notantur in cap. post cessionem. extr. de prebend.Thom.Trivisan.lib.2.decis.4.num.24.* veluti legis & statuti custode, *argum l.2. §. post originem.ff.de orig jur.* quod noverit melius & rectius, quis eius sensus sit, quæ mens & effectus, *argum. l.pen.cum ibi notat ff.de justit & jur.* At confirmasse eam transactionem acta, quæ notorium inducunt, *l.gesta.C.de re judic.& Iason nu.23. ad l.12. C.de edendo.* probant.

Nonò accedit auctoritas † rei iudicatæ, quæ 109
pro veritate habetur, *l.ingenuum.25.ff. de statu homin.Ioh.Petr.Surd.cons.61. n.2.& 3. per l. res judicata. ff.de reg.jur.* quæ de non ente facit ens, & de vero falsum, ac de falso verum, *gl.in l.si non sortem. §.hereditatis.ff.de cond.indeb.* ex nigro album, *Bald.in c. nosti.extr. de elect.* & de indebito debitum, *l.1.de cond.indeb.* Sed Senatus M. prædictam transactionem sive renunciationem se in præmemorato statuto fundātem decreto suo approbavit: quod non solum propterea factum esse credendum est quia illud in instrumento desuper facto oculis corporeis legere est, *Mascard. de probat. vol.13. concl.1315.n.10.* sed & quod † omnia præsumun- 110
tur solenniter acta, *l.sciendum.C.de verb.oblig.l.1.C. de contrah.& commit.stipul.* maximè post longum tempus, *c.pervenit.extr.de censib. Mascard.de probat. vol.3.conclus.1316.nu.1.* quodq; pupillorum causa tum temporis, nempe anno 1574. acta sit: quæ omnino decretum magistratus exegit, *toto tit.ff. de rebus eor.qui sub tutel.& tit.C.de præd.minor.* cum nemo præsumatur actum inutilem facere voluisse, *l.quoties. ff.de reb.dub.l.3. ff. de milit.testam. Menoch.cons.423.nu.28.* atq; ideo secundum eius naturam fecisse, *l.quæro.§.inter locatorem.ff.locati, Ias. ad l.non omnis.nu.2.ff.de reb.cred. si cert.pet. Alciat.de præsumpt.reg.2.præs.ult. Menoch.cons.406. num. 60. & 61.*

Cum itaque nuper P.W. primum, mox postrema uxor eius decesserit, relictis ex hoc postremo matrimonio aliquot liberis, unà cum liberis primi matrimonii ex statuto legitimam suam habentibus, & sic dissortibus factis: inde rei consequens esse judicant, se duplici jure ad universa horum duorum coniugū nuper mortuorum bona pervenire, omninoq; actores excludere: quia unum semissem omnium bonorū in unam quasi massam redactorum, quæ tempore mortis paternæ fuerunt, ipsis debeatur vigore statuti à matre in vivis manente, velut paternam hereditatem: alterum vero, qui matri à statuto relictus est, ipsis eodem jure cedere, quia soli sint proximi matri heredes, ad quos eam hereditatem transmisisset.

net, est inquit, verissimum. Quinto, qui semel
94 suum † recepit, amplius idem petere non potest, *l. Stichum, § dolo ff. de solution. l. bona fides ff. depositi*, quia bona fides non patitur, ut idem bis exi-
95 gatur, *l. bona fides, ff. de reg. jur.* Et solutione † eius, quod debetur, omnis tollitur obligatio. *§. 1. Instit. quib. mod. tollitur obligat. l. si ex noxali. ff. de peculio. Ascan. Clemens de patria potest effect. 16. num. 13.*
96 At hi liberi primi † matrimonii semel paternam hereditatem non minus quam maternam, vel certe vice eius legitimam consecuti sunt per hanc bonorum divisionem ex statuto procedentem, *argum. l. si non mortis, 25. ff. de inoffic. testamen. & quæ scribit Bald. ad l. 2. versic. quæro quid de legitima, C. de revoc. his, quæ in fraud. credit. & in l. fin. §. & cum antiquitas, column. pen. versic juxta prædicta quæro, dicit statutum, Cod. de usur. rei judicatæ. secutus Iac. Butrig. ad l. si quando, § illud, C. de inoffic. testam. per l. cum quo de peculio, 56. § fin.* Eam igitur amplius petere non possent.

Quod autem legitimam eis statutum voluit in vita patris, etiam ex bonis paternis esse assignatam, hoc varie demonstrari potest, & inter cætera hoc modo: Si enim hic semissis ei non cederet, in legitimam tam paternam quam maternam, pater ad secunda vota transiens bona sua liberis conferre, ac in unam quasi massam cum maternis cogere, & sic dimidiam partem eis da-
97 re obligatus non fuisset, cum † collatio bonorum in patre & matre sit res vanissima, *Vital. Nemaus. de collat. cap. de person. confer. numer. 10. Saporta de collat. cap. 6. num. 63. Iason ad l. si emancipati. 9. numer. 27. 28. & 29. Cod. de collat.* neque etiam legitimæ nomine eis in vita sua aliquid dare debuisset: quia superstitis nulla est hereditas, *l. qui super-*
98 *stitis, ff. de acquir. hered.* nec legitima † in vita patris debetur, nec in vita patris liberis defertur, *Iomn. Petr. Surd. 192. numer. 26.* neque à Patre exigi sub legitimæ prætextu quid potest, *l. 1. §. 1. si impuberi, vers. præmatura est enim ff. de collat. bon. Auth. si qua mulier, ibi Bartol. & Bald. C. de sacros. Eccles. Anton. Corset. in singularib. verb. legitima, numer. 2. Bald. & Iason ad l. si quando, §. illud, in princip. Cod. de inoffic. testam. late Ascan. Clemens de patria potestate in effect. 16. nume. 56. 59. 61.* nisi pater bona notorie dilapidaret *ut idem Ascan. Clem. de effect. 16. num. 61. ex Socino, Baldo, Petro, de Raven. singu. 469. Anton. Trigon. sing. 10. Ario Pinelo ad l. 1. part. 3. nu. 75. C. de bonis matern. late probat.*

Hoc autem statuto eo pater redigitur, ut propriis suis bonis collatis & in unam quasi massam cum bonis defunctæ coniugis coactis ex universali massa seu universo hoc patrimonio liberis primi matrimonii semissem concedat. Hunc ergo semissem statutum M. eis veluti legitimam non solum ut maternam, sed etiam ut paternam
99 in vita patris assignat. Deinde hoc † quoque urget: ratio æqualitatis inter liberos servandæ, *juxta Novel. 22. §. illud quoq; & l. cum oportet. C. de bonis, quæ liber.* Nam cum inæqualitas inter filios generet discordiam & invidiam, *dict. leg. cum oportet. Corne. consi. 13. num. 5. volumin. 3.* & cum secundum eundem Corn *cons. 289. volum. 3.* ac proinde inæqualitatē iura inter filios reprobent, ex eo præsumendum non est, statutum materiam inæqualitatis generare voluisse. Sed quando pater ad secunda vota transiens cum liberis primi matrimonii bona sua & defunctæ coniugis prædicto modo dividit magno eos commodo afficit, quoniam illi statim de portione sua hereditaria fiunt certi ac tuti: quia etiamsi patris patrimonium postea minuatur, vel etiam penitus intereat, salva tamen manet liberis hæc portio legitima semel assignata, quam & pleno iure habent, & lucrum omne ex ea capiunt, ut Modestin. Pistor. *d. consi. 2. numer. 20. & 21.* arguit: cum contra liberi secundi matrimonii longe minorem potiorem habituri sint, periculumq; subituri.

Quod si iam rursum hanc patris portionem post eius obitum cum consanguineis fratribus ac sororib. dividere debeant, summa utiq; inæqualitas esset futura. Præterea periculum † damni & emolumenti hic merito compensatur, ut si quid eventu fortunæ amplius habituri sint liberi posteriores, non possit dici, aliquam hic subesse læsionem, *juxta l. 1. l. de fideicommisso. C. de transa. l. si ea lege, C. de usur. l. si pater puellæ, C. de inoffic. teste.* Unde hoc elici solet: quod quando aliquid se habet ad lucrum & ad damnum, non possit prætendi aliqua læsio, licet causaliter contigerit damnum, vel lucrum. 100

Urget idem vox, vnd laten die ander helfte den Kindern / Quæ verba hoc inferre † videntur, quod pleno iure, nullo reservato usufructu patri debeant ad liberos pertinere: quod sane arguit eos disfortes fieri, & à patris superstitis ad secunda vota transeuntis non minus, quam defunctæ matris bonis penitus excludi. Verba namq; statuti cum effectu sunt accipienda *Paris. consi. 84. n. 11. libr. 2. Menoch. consi. 157. numer. 25.* Ubi etiam in hanc sententiam Deciū *cons. 527. in fi. & cons. 617. in fin.* allegat. 101

Urget idem vers. Jd enbrecke dan an der vorwort / hoc est, nisi pacto aliter sit conventum, quod intelligendum videtur de pactis dotalibus, quæ superstes cum nova nupta vel novo marito fecerit. Et cum † dotalia pacta, quatenus de successione inter coniuges disponunt, vim ultimæ voluntatis habeant. *c. filij nati, si de feud. defunct. content. Wesem. consi. 63. in fin. Mynsi. obser v. 33. cent. 2.* utique hæc verba de universa superstitis successione paterna vel materna accipienda sunt, & sic etiam reliqua antecedentia, *argumen. l. si de certa, Cod. de transact.* 102

Siquidem † consequentia declarant antecedentia, ut constet de qua re disponant, *l. quæsitum, §. 1. ff. de legat. 3. l. si cum fundum, 126. ff. de verbor. signif. Wesembec. consi. 15. nume. 66. Io. Vincen. Honde. consi. 1. n. 50. vol. 1.* 103

Deniq; uti hoc incommodum pater eiusq; liberi postea geniti sentiūt, ut suorū quoq; bonorum priores liberos in divisione pater faciat participes, ita etiam hoc commodum sentiet & quos postea procreavit, ut hi reliqua sibi solis post obitum patris vindicent: quia ubi † onus est, ibi & cōmodum esse oportet, *c. qui sentit, de reg. jur. 6. l. id, quod post, ff. de peric. & commod rei vend. l. secundum naturā. ff. de reg. jur. Bart. & Bald. ad l. amicissimos, in prin. ff. de excusat. tutor.* ac proinde M. statutum hoc intendit, ut liberi primi matrimonii patre ad secunda vota transeunte legitimam habeant assignatam cum tam quo ad paterna bona, quam materna. 104

Sexto,

Sextò, quod hac bonorum portione dimidia accepta liberi primi matrimonii debeant esse dissortes & exclusi à reliquis paternis bonis quasi exheredati, videtur rursum evidenter ex statuti M. verbis probari. Ait enim: Würde de Frawe offte de Mann dess tho Rade / dat sie sick scheden wolden von den Kindern. Hæc verba non intuitu tam bonorum defunctæ coniugis vel patrimonii, quàm respectu ipsarum personarum, quæ segregare debent, prolata sunt; illudq; volunt, si pater vel mater se à liberis separare velit; id liberos impedire non posse. Quæ separatio patris à filiis, matris à filiabus, quid aliud est, quã quædam filiorum abdicatio, abscissio, abalienatio seu negatio, & è familia eiectio? *juxta l. abdicatio. 6. C. de patr. potest.* Plin. *lib. 7. cap. 45.* de Agrippa posthumo loquens, Sueton. *in Augusto. cap. 56.* Alciat. *lib. 2. dispunct. cap. 28.* quod extremum patriæ potestatis fulmen à Brissonio appellatur.

105 Etsi vero legibus Romanis † abdicatio illa, Græcis usitata, recepta non sit, *d. l. abdicatio. 6.* hic tamen, quæ ex statuto est, non impedit, neque prohibet, cum ea non ob delictum nec privatim & absque lege fiat, sed cum quodam honorario, quod est dimidia pars omnium bonorum, & publica autoritate. Deinde, quod hoc statutum potius hic abdicationem & separationem familiæ, qua eiiciantur familia liberi, inducere voluit, quàm nudam ac simplicem divisionem hereditatis, vel patrimonii, probabile facit, quod arbitrio superstitis secundas nuptias contrahentis illa divisio permittitur. Quod si nuda ac sola hic attendenda esset divisio, ea quoque concedenda fuisset liberorum volũtati atq; arbitrio, *juxta l. 1. C. de bon. matern. l. cum ratio. C. de bon. qua liber. cum simil. lib.* At quando propter acceptam dotem vel

106 legitimam in vita patris statutum † aliquem ab ulteriore successione excludit, perinde est, ac si is exclusus, sive abdicatus, mortuusve esset, itemque exheredatus, actoribus ipsismet confitentibus, & Reis acceptantibus quasi indubitatum, *juxta doctrinam Andr. Gail practic. observ. 140. n. 13. vers. quia inducit quandam exheredationem lib. 2. Mynsr resp. 10. nu. 60. & seq. Ernest. Cothman. d. cons. 5. n. 89. Iohan. Pet. Surd. cons. 138. nu. 20. cons. 85. n. 21. & cons. 85. nu. 4.* ut cum aliis liberis in petitione hereditatis vel legitimæ, eiusve augmenti concurrere non possint, nec admittantur, *Emanuel Soarez in thesauro commun. opin. verb. exheredati nu. 223.* Itaq; hoc quoque casu liberi primi matrimonii per illam separationem & divisionem juxta statuti tenorem factam, dissortes & quasi exheredes facti cum his posterioribus liberis ad patris communis defuncti hereditatem non debent adspirare, imo ne quidem augmentum vel supplementum legitimæ petere.

Cui septimò accedit autoritas Baldi *in l. 1. C. de*

107 *revocan. his quæ in fraud. cred.* qui † vult, quod quando pater ex forma statuti tenetur assignare filio legitimam, intelligatur pater fictione statuti mori tunc, cum portio assignatur, & quod quicquid postea contingit, non augeat nec minuat filii legitimam. Et rursum *in d. l. fin. §. & cum antiquitus. C. de usur. rei judic. n. 14. col. pen.* tenuisse dicitur, quod filius, cui semel assignata est legitima in vita patris, non possit petere augmentum, etiam auctis postea facultatibus patris, eamq; sententiam consulendo secutus esse dicitur Curtius *consil. suo ult. col. 2.* dicens, hanc esse communem sententiam, & ab ea in judicando recedendum non esse, eundemq; secutus est Modestin. Pistor. *d. cons. 2. nu. 23. & 24. vol. 2.*

Octavò, si hæc mens ac sententia statuti non esset, ut perpetuò & penitus ab omni paterna successione essent liberi primi matrimonii exclusi, prudentissimus Senatus M. civitatis eam conventionem vice divisionis factam ac transactam sua auctoritate & sigillo non confirmasset. Præsumitur † enim pro magistratu eiusque 108
sigillo, *per ea quæ notantur in cap. post cessionem. extr. de præbend. Thom. Trivisan. lib. 2. decis. 4. num. 24.* velut legis & statuti custode, *argum. l. 2. §. post originem. ff. de orig. jur.* quod noverit melius & rectius, quis eius sensus sit, quæ mens & effectus, *argum. l. pen. cum ibi notat ff. de justit. & jur.* At confirmasse eam transactionem acta, quæ notorium inducunt, *l. gesta. C. de re judic. & Iason nu. 23. ad l. 12. C. de edendo.* probant.

Nonò accedit auctoritas † rei judicatæ, quæ 109
pro veritate habetur, *L. ingenuum. 25. ff. de statu homin. Ioh. Petr. Surd. cons. 61. n. 2. & 3. per l. res judicata. ff. de reg. jur.* quæ de non ente facit ens, & de vero falsum, ac de falso verum, *gl. in l. si non sortem. §. hereditatis. ff. de cond. indeb.* ex nigro album, *Bald. in c. nosti. extr. de elect.* & de indebito debitum, *l. 1. de cond. indeb.* Sed Senatus M. prædictam transactionem sive renunciationem se in præmemorato statuto fundãtem decreto suo approbavit: quod non solum propterea factum esse credendum est quia illud in instrumento desuper facto oculis corporeis legere est, *Mascard. de probat. vol. 13. concl. 1315. n. 10.* sed & quod † omnia præsumun- 110
tur solenniter acta, *l. sciendum. C. de verb. oblig. l. 1. C. de contrah. & commit. stipul.* maximè post longum tempus, *c. pervenit. extr. de censib. Mascard. de probat. vol. 3. conclus. 1316. nu. 1.* quodq; pupillorum causa tum temporis, nempe anno 1574. acta sit: quæ omnino decretum magistratus exegit, *toto tit. ff. de rebus cor. qui sub tutel. & tit. C. de præd. minor.* cum nemo præsumatur actum inutilem facere voluisse, *l. quoties. ff. de reb. dub. l. 3. ff. de milit. testam. Menoch. cons. 423. nu. 28.* atq; ideo secundum eius naturam fecisse, *l. quæro. §. inter locatorem. ff. locati. Ias. ad l. non omnis. nu. 2. ff. de reb. cred. si cert. pet. Alciat. de præsumpt. reg. 2. præs. ult. Menoch. cons. 406. num. 60. & 61.*

Cum itaque nuper P. W. primum, mox postrema uxor eius decesserit, relictis ex hoc postremo matrimonio aliquot liberis, unà cum liberis primi matrimonii ex statuto legitimam suam habentibus, & sic dissortibus factis: inde rei consequens esse judicant, se duplici jure ad universa horum duorum coniugũ nuper mortuorum bona pervenire, omninoq; actores excludere: quia unum semissem omnium bonorũ in unam quasi massam redactorum, quæ tempore mortis paternæ fuerunt, ipsis debeatur vigore statuti à matre in vivis manente, velut paternam hereditatem: alterum vero, qui matri à statuto relictus est, ipsis eodem jure cedere, quia soli sint proximi matri heredes, ad quos eam hereditatem transmisisset.

Atq; ideo vigore huius statuti M. propter factam separationem, intentionem actorum planè esse elisam. Aiunt enim in conclusionibus non procul à fine, M. moris esse, neque hoc ab actoribus negari posse: quicquid maritus & uxor inferunt, & unà acquirunt in unam massam redigi; ita ut bona dicantur coniugum communia, è quibus, si proles non supersit, alterum alteri præmorienti, reliquis agnatis omnibus exclusis, in solidum succedere, etiamsi præmoriens amplissimas, ille verò, qui supervivit, vel exiguas, vel nullas opes intulerit, Sin autem liberi supersint, illis semissem unum omnium bonorum cedere, alterum verò semissem superviventem coniugem, & nuptias, si quas forte iterum contrahat, sequi secundas, nisi pactis forte dotalitiis, prioris matrimonii liberis ultra suum semissem amplius provideatur. Minimè autem mutanda sunt, quæ certam semper interpretationem receperunt, *l.minime.ff.de legib.* Quod si itaque hæc ita se habeant secundum mores M. paternus ille semis secundum, & sic tertium sequetur matrimonium, nihilque ad actores perveniet, adeoque sequetur hoc tertium coniugium, ut si defuncto W. tertia uxor diutius superstes mansisset, & ad alia vota transiisset, alterum semissem novo marito in solidum inferre potuisset.

Contrà verò actores censent, non illam, sed longè aliam esse huius statuti sententiam. Existimant enim, hoc statuto se à paterna successione nullo modo excludi. Nam cum & jure civili &
111 naturali ratione per obitum † matris vocati fuerint soli & legitimi heredes ad omnia bona materna, sive ea patri in dotem data, sive paraphernalia vel receptitia fuissent, solo usufructu reservato patri, ut expeditissimi iuris est, *in l.cum ratio. ff.de bon.damn l.1.l.3.l.4.C.ad S.C.Orfician.l.generaliter.in fin.C.de secund.nupt.Novell.118.cap.1.juncta l.1. l.3. l.ult. C.de bon.matern. authent.in successione. C.de suis & legit. Dn. Valent. Forster. de successionib. lib.4. cap.13.n.1.& seqq.& c.16.n.4.Ambros.Schurer.de success.tit.8.reg.1.ampliat.12.*utiq; secundum jus commune omnia materna bona, quoad proprietatem, ad eos à morte matris pervenire debuissent, nihil eorum quoad proprietatem, sed sola administratione & usufructu vel lucro nuptiali ad dies vitæ apud patrem remanente, *l.fœmina.3. l.generaliter.5. l.hac edictali. 6. auth.uxore mortua. C. de secund. nupt. dicta lege prima, & tot. titul. Cod. de bon.matern.d.l.cum oportet.Cod.de bon.quæ liber.* Sed ne qua de bonorum maternorum lucrorumque nuptialium quantitate, *propter d.l.fœmina.3. d.l.hac edictali.6. d.authent. uxore mortua.* post matris vel patris obitum lis esset inter primi & secundi matrimonii liberos, nec etiam hi liberi cum noverca aut vitrico contendere, & iniurias novercales mussitare cogerentur: ideo hoc statuto cautum esse, ut pater vel mater ad secũda vota transiens, potestatem habeat, omnia, quæ tempore dissoluti per obitum alterius coniugis matrimonii societate coniugali intercedente Saxonico more habuit ac possedit, in unam quasi massam coacta, sine discrimine, an sua vel defunctæ coniugis fuerint, & an constante matrimonio, communi vel unius opera acquisita vel illata sint, inter se & liberos primi matrimonii dividere, ita ut ipse semissem, veluti propriam suam substantiam retineat, alterum vero liberis, veluti substantiam maternam, jure successionis eis delatam, attribuat.

Itaque † hoc statutum, neque velle, neque 112
posse liberos primi matrimonii à patris hereditate nuper delata excludere, sed unà cum liberis ex secundo vel tertio matrimonio natis, in communis parentis hereditate æqualiter admittere, *juxta l.4. vers. ad maternas. d.l.5. in fin. C. de secund. nupt.§.nec illud quoque.Novell.22.de nupt. Bald.in d.l. cum aliis.4.C de secund. nupt. Corn. consil.190.nu.4. vol.3.consil.76 num.5. volum.2. consilio 335. volum.1. Dn.Valent.Forster. de succession. d.lib.4. cap.16.nu.1. & 14.Ambros.Schurer.de success.d.titul.8. regul.1. ampliat.12.vers.sed qui ex diversis.* cum hoc jus nullibi in hoc statuto correctum aut sublatum esse appareat: ut quod mutatum vel correctum aut sublatum non reperitur, ei standum sit, *juxta l. præcipimus. C. de appellation.* Pro qua interpretatione inprimis pugnare videtur origo huius statuti M. Non enim à Lubecensibus, ut Rostochiani, neque etiam à Bremensibus, ut fortasse alii vicini quidam loci, oppida & civitates, sed à T. Senatu populoque, ex Westphalia acceperunt, ut & procemium statutorum M. & alia hinc inde allegata docere dicuntur. T. autem, & in vicinis eius civitatis locis ita servari fertur, ut modò explicatum est. Nam si pater ad secunda vota transiens maternorum bonorum, vice semissem omnium primis liberis assignavit, & ex secundo tertiove matrimonio liberos suscepit, defuncto patre, prædictum semissem liberos primos præcipuum habere, novercam vero liberos habentem, vel non habentem superstitem ad secunda vota properantem, simili modo omnia bona, quæ cum defuncto marito possedit, in unam massam redigere, & semissem sibi retinere, alterum utriusque matrimonii liberis velut hereditatem paternam concedere, teneri ferunt: aut si liberos non habeat, unà cum liberis primi matrimonii dividere, *juxta authent. preterea. Cod. unde vir & uxor.* nisi pactis dotalibus aliud cautum sit, aut liberi primi matrimonii debito modo patri renunciassent. Quod si & hæc moriatur, relictis ex duobus maritis liberis, ii pariter inter sese totum semissem, veluti maternam hereditatem, dividunt, præcipuo manente ultimi mariti semisse postremis, si soli sint, liberis. De qua T. consuetudine; etsi nihil nobis aliud constet, quàm quod in his actis enarratur (quibus tamen hac in parte à Reis contradicitur) tum quod ex aliorum honestorum virorum relatu accepimus, valde probabilis tamen videtur, ut quæ minus à jure communi & Saxonico discedat, ut jam diximus, & ex modo dicendis prolixius constare potest.

Nam, quantum fieri potest, statuta † dum- 113
modo aliquid operentur, præsertim exorbitantia, ad jus commune revocari debent, atque ita interpretari, ut quàm minimum jus commune lædant, vel ab eo deflectant, aut illud corrigant, *lege secunda, ubi Salycet. Cod. de noxal. action. capitul. cum dilectus. extra. de consuetudin.*

gl.in

gl. in l. si unius. §. pactus. verb. redditur. ff. de pact. & in
clem. sape. verb. irritandus. de verb. signif. Iason in l. om-
nes populi. nu. 11. ff. de iustit. & iur. & in l. non dubium.
num. 31. C. de legib. Iohan. Petr. Surd. cons. 182. num. 12.
Andr. Gail. practic. obs. 33. num. 9. lib. 2. Iohan. Vincent.
Honded. cons. 1. num. 31. vol. 1. Tiber. Decian. respons. 16.
num. 29. & 32. resp. 54. num. 30. vol. 1. resp. 46. nu. 17.
vol. 2. Corneus cons. 302. num. 2. cons. 323. num. 5. vol. 3.
cons. 264. num. 2. versic. & statuta. cons. 270. num. 2.
vers. & ideo statutum. vol. 1. per c. quæ à iure. de regul.
iur in 6. & in l. quod vero contra. ff. de legibus. Paris.
cons. 110. num 6. volum. 3. cum & in alia qualibet
constitutione correctoria juris, etiam commu-
nis, hæc fieri debeat interpretatio ac restrictio,
Iason in d. l. omnes pòpuli. num. 1. Iohan. Vincent Hon-
ded. d. cons. 1. num. 32. volum. 1. ubi num. 33. hoc insu-
per addit, ut si statutum possit duos casus com-
prehendere, & in utroque ius commune corri-
geret, eam esse faciendam interpretationem, et-
iamsi verba improprari necesse esset, ut in uno
tantum casu ius commune maneat incorre-
ctum seu illæsum, per text. in cap. cum dilectus. ibi
Panorm. num. 21. extra. de consuet. Cacheran. latissime
in decis. Pedemont. 167. per tot. & ut Roland. à Val-
le consil. 80. num. 21. volum. 4. loquitur, Quoties-
114 cunque statutum † plures effectus operari po-
test, ita est interpretandum, ut unum tantum
operetur ad iuris communis derogationem, cap.
dilecti. extra. de foro compet. ubi num. 22. ex Bero. con-
sil. 150. num. 26. volum. 1. subiicit, sufficere, quod
per statutum aliquid addatur ultra ius commu-
ne, etiamsi illud esset leve & minimum. Sed ita
est, ut si prædicto modo hoc statutum accipia-
mus, operetur quidem aliquid, & quidem mul-
tum, quia communionem omnium bonorum
indifferenter ita inter coniuges inducit, ut alte-
ro eorum defuncto, & sic morte dissoluta socie-
tate, unus eorum semis censeatur superstitis pro-
prium ac verum patrimonium, alter vero defun-
cti, isque ad heredes defuncti proximi perve-
niat, immutato casu illo, qui de lucro nuptiali
conservando habetur, in d. l. fœminæ. d. l. cum aliis.
d. l. generaliter. C. de secund. nupt Et quod de propriis
bonis secundo coniugi non relinquendis ultra
eam quantitatem, quam unus ex liberis primi
matrimonii habiturus sit, dispositum est in d. l.
hac edictali. C. de secund. nupt. At non penitus &
omnino à iure communi discederet, nempe in
altero casu, qui est de successione liberorum di-
versorum matrimoniorum ad communis pa-
rentis hereditatem adspirantium, iuxta l. 4. vers.
ad maternas. C. de secund. nupt. d. Novell. 22. §. nec il-
lud quoque. d. Novell. 118. cap. 1. l. 1. l. 3. l. 4. C. ad Sena-
tuscons. Orfic. sed hunc casum sub dispositione iu-
ris communis permitteret incorrectum, per d. l.
præcipimus. C. de appell. l. illam. C. de collat. l. sancimus.
C. de testam. Ideoque hæc veluti mitior & minus
exorbitans potius quàm illa prior interpretatio
in hoc dubio eligenda ac præferenda est.

Deinde, si quàm diligentissime verba huius
statuti, eorumq; cohærentiam perpendamus, nõ
potest uterq; casus, scilicet ille, qui secundas nu-
ptias respicit, & tractatur in d. l. fœmina. & seqq. &
in d. l. hac edictali. & deinde hic alter, qui respicit
exclusionem à successione paterna vel materna
contra dispositionem d. §. nec illud quoq. Novell. 22.
& d. Nov. 118. c. 1. d. l. 1. l. 3. l. 4. C. ad S. C. Orfic. d. l. cum
aliis. 4. vers. ad maternas sane. Ambros. Schurer. d. tit. 8.
reg. 1. ampliat. 12. vers. sed qui ex diversis. hoc statuto
M. esse comprehẽsus. Nullum enim verbum de
exclusione, nulla syllaba, quæ hoc necessario im-
portat, quod liberi primi matrimonii per hanc
separationem vel divisionem bonorum debeãt
à parentis sui superstitis secum dividentis futura
hereditate penitus esse exclusi & dissortes facti.
Statuta autem auferentia liberis † successionem 115
legitimam, nisi agnationis conservandæ causa
valde odiosa sunt, quia iuris civilis & naturalis
correctoria, per d. l. cum ratio. ff. de bonis damnat. l.
scripto in fin. ff. unde liberi. & instar exheredationis,
Ioh. Cephal. cons. 161. n. 19. cons. 278. n. 109. lib. 2. con-
tra ius divinum, humanum & canonicum, Tiber.
Decian. resp. 35 n. 61. vol. 1. ideoq; strictissimam in-
terpretationem recipiunt, And. Gail. d. obs. pract. 33.
n. 9. & 10. lib. 2. l. cum quidam. ff. de lib. & posth. hered.
instit ac verba eorum proprie stricteq; intelligẽ-
da, Corn. cons. 58. n. 18. vol. 2. cons. 307. nu. 2. vol. 4. Tib.
Decian. resp. 31. n. 42. vol. 1. ut quod ea in proprio &
nativo suo sensu non dicunt, nec certa demon-
stratione diserte exprimũt, id nec nos dicere de-
beamus. per l. si servum. §. non dixit prætor. ff. de acq.
hered l. illam. C. de collat. Franc. Milanens. decis. Sicil. 12.
n. 92. lib. 2. Tib. Decian. resp. 46. n. 23. vol. 3. per l. dissen-
tientis. verb. invitam autẽ ad maritum redire nulla præ-
cipit juris constitutio. C. de repud. Sed casus omissus à
statuto remanet in dispositione iuris cõmunis,
ut ibid. nu. 24. respondet, per l. si extraneus. ff. de con-
dict. causs. data. l. si cum dotem. in pr. ff. sol. mat. l. commo-
dissime. in pr. ff. sol. mat. Alciat. resp. 41. n. 8. lib. 5. sed &
alias, cui verba non conveniunt, ei nec dispositio
convenit, l. 4. §. toties. ff. de dam. infect. l. ita autem. in
pr. ff. de admin. tutor. l. hos accusare. §. omnib. ff. de accu-
sat. l. quod dictum. ff. de pact.

Necquidquam ad rem facit verbum Schei-
den: illud enim dispositive non est positum, sed
solummodo enũciative, & quidem per modum
conditionis: non ut sit in cõditione, sed ipsamet
conditio, wirdt de Frow oder de Mann deß tho
Rade/dat se sick scheden woldẽ von den Kindern/
hoc est, si mulier illa aut vir ille animum inducat
suum, quod se separare à suis liberis velit. Condi-
tio autem † nihil disponit, sed dispositum vel 116
disponendum suspendit, ac in eventum differt. l.
cedere diem. ibi notat. ff. de verb. signif. Bart. ad l. 1. ff. de
cond. & demonst. Roland. à Valle cons. 71. nu. 67. vol. 3.
Ioh. Petr. Surd. cons. 156. nu. 17. per l. si quis sub conditio-
ne. ff. si quis omissa causa testam. Mantica. de conjectur.
ult. volunt. lib. 5. tit. 2. nu 3. Quinimo etsi non esset
ipsa conditio, sed in conditione, ita ut ex hoc e-
ventu conditio vocis Scheiden dependeret, ne
sic quidem verbum Scheiden dispositive prola-
tum esset, nihilq; poneret, per d. l. si quis sub condi-
tione. Ideo enim dicimus, quod filii † in condi- 117
tione positi non sunt vocati, glos. in l. Lucius Titius.
85. ff. de hered instit. text. in l. ex facto etiam. 19 ff. eod.
Iohan. Petr. Surd. cons. 19. n. 11. & d. cons. 156. nu. 17. &
18. ubi ait, quod habitatio posita in conditione
non sit in dispositione, secundum Corne. cons. 323.
n. 2. vers. & saltem procedit. vol. 1. per l. penult. in fin. ff.
quand. dies lega. ced. ubi, si relinquat testator decem
ab herede, si penũ non dederit, JCtus vult, quod
penus non censeatur legata, sed solũ illa decem.

Etsi

118 Etsi quidem † Joan. Coras. 2. *miscell. c. 19 nu. 11.* conetur hoc axioma interpretum impugnare, asserens, imo quod novum non sit, conditionalia verba disponere, eamq; in sententiam alleget *l. avia 77. §. fi. ff. de cond. & demonst. & l. si ita stipulatio. 39. ff. de oper. libert.* à cōmuni tamen hac cōclusione discedendum non est, facilimeq; hoc Corasii
119 fundamentum evertitur, cùm aliud sit † ipsa cōditio, eaq; vere concepta, & aliud verba cōditionalia, hoc est, instar conditionis posita, cū tamen conditionem non faciant; aut quod rei subiectæ qualitas deest, *ut in d. l. avia. 77. §. fin. & in d. l. si ita stipulatio. 39.* aut disponentis intentio, *ut in l. si ità quis. 66. & d. l. Lucius Titius. 85 ff. de hered. instit.* quin & in facti specie, *d. l. si ita stipulatio. 39.* pœnalis illa stipulatio viginti sub conditione operarum decem dierum concepta præsupponit alteram, nēpe operarum stipulationem, *l. ita stipulatus sum. 115. §. item si quis ita. vers. atq; potest Sabini. ff. de verb. obl. §. fi. Inst. de verb. oblig.* ut ideo operæ decem dierum non debeantur, quia in conditione sint dispositive positę: sed utiliter & pure erant promissæ; pœnæ autem stipulatio subdita inutilis est. Manet ergo hoc ratum, verbum Scheden in cōditione positum non esse in dispositione. Enun-
120 ciative, † itemq; narrative posita, nihil probare, docent Bar. *in l. qui volebat. ff. de hered. instit.* Jas. *ad l. ex his. nu. 2. & per illum text. C. de milit. testam. & in l. epistola. n. 1. ff. de pact. l. neq; professio. C. de testam.* Bald. *in l. optimum. col. 1. verb. narrativis. & col. 2. vers. quaero, dicitur hic. C. de contrahen. & committ. stipul.* maxime quando in odiosis & correctoriis juris, ut hoc casu, versantur, *c. 1. in fi. de fil. presbyt. Tib. Decia. resp. 120. n. 17. vol. 3.* & ita respondent Jo. Pet. Surd. *cōs. 168. n. 47. Corn. cons. 260. n. 10. vol. 3. Wesem. cons. 2. n. 83.*
121 *cons. 14. n. 30.* Deinde † Scheiden vox est plurium significationum. Nam & transigere, litem cōponere, rem aut fundum dividere, vel discernere limites significat, ut nulli Germanicæ linguæ perito obscurum esse potest. Sic, Abscheidt/ pro recessu, Entscheidt/ pro sententia, Schicht vnd Scheidung/ pro divisione bonorum, Scheiden/ pro eo, quod est in concordiam redigere, item,
122 Scheidt/ pro limite dicitur. At ubi vox † multiplicis significationis in statuto vel qua alia dispositione occurrit, pro re subiecta eiq; magis apta accipi debet, *arg. l. eius causas. ff. de cond. & demonstr. Alex. cons. 22. n. 5. vol. 1. per l. insulā. ff. de praescript. verb. c. constitutum. ext. de relig. domib.* Jas. *in l. si mater. C. de instit. & subst. Tib. Decian. resp. 108. n. 33. vol. 3. Joan. Pet. Surd. cons. 179. n. 52. & cons. 198. n. 22.* ita ut evitetur juris communis correctio, *Io. Pet. Surd. cons. 245. n. 11. d. c. quae à jure. de reg. jur. in 6. l. quod vero contra ff. de legib.* minusq; præiudicetur, *Castr. in l. 1. n. 3. ff. si quis cautionib. jud. Io. Pet. Surd. cons. 383. n. 19. & 20. cons. 389. nu. 18.* vel absurditas removeatur, uti quæ potissimū in statutis vitanda est, *Io. Pet. Surd. cons. 393 n. 43. Alciat. cons. 2. n. 10. lib. 9. & cons. 32. n. 8. lib. 6.* Subiectæ aūt materiæ, sive ad personas, sive ad rem referas, utraq; significatio hæc magis cōveniens erit, nempe scheiden positum esse pro dividere, vel pro cōponere, aut pro separare illud, quod per communionem confusum est. Dicimus enim, Wir haben vns darumb gescheiden/ item, Wir sind gescheiden/ etiamsi per rerū divisionem illa compositio facta sit. Cum itaq; nulla necessitate cogente, hoc loco vox illa Scheiden/ pro abdicatione & exclusione interpretanda sit, sed alio sensu, quàm rectissime donari possit, nō debet durior & maxime odiosa illa interpretatio, sed hæc mollior, utpote magis apta assumi, quā & res subiecta postulat. Sequens namq; dispositio statuti tota, de divisione bonorū inter parentē superstitem & liberos cōcepta est. ut ita in præcedēte versic. proponatur eius divisionis cōditio: modus autem & forma in versiculis sequentibus.

Tertio, † præcipue illi standum est interpretationi statuti, quam consuetudo approbat, *Cornem cons. 83. n. 11. vol. 4. per l. cum de lanionis. §. asinam. ff. de fund. instruct. lega. Bald. in l. 2. in princip. C. de juram. cal. Alciat. cons. 4. n. 45. lib. 4. cons. 20. n. 5. lib. 5. per l. si de interpretatione. ff. de legib.* Consuetudo autem M. hoc statutum ita interpretari censetur, ut tātum locum habeat, quando superstes ad secunda vota properat, neq; per assignationem illius semissis à superstitis hereditate futura penitus sit filius exclusus, sed denuo patre vel matre è vita decedente cum consanguineis vel uterinis suis, fratribus ac sororibus ad communis parentis hereditatem nihilominus adspiret, nisi nominatim aliud actum contractumq; doceatur. Quam consuetudinem etsi in dubium vocent Rei, nulla tamen exempla contraria allegant, ut cum dicatur † notoria ex parte actorum, sufficiat eam 123 124
esse allegatam, nec opus sit aliqua probatione propter solam ac nudam negationem reorum, *gl. in l. cives C. de appell. Paris. cons. 13. n. 22. vol. 1. Curt. jun. de feud. part. 1. q. 1. n. 13. Bald. in l. si filiusfam. §. veterani. colum. 2. ff. de procur. Cyn. ad l. 2. C. quae sit longa consuetudo. Roland. à Valle cons. 53. nu. 30. vol. 2. Ioseph. Mascard. part. 1. de probat. conclus. 423. nu. 22. & seqq.* Et licet notoria † non esset, ideoque regulariter 125
cum facti sit, *l. de quibus. ff. de legib.* & mutabilis, *Hostiens. in summa. tit. de consuetud. Ludovic. Roman singul. 369 per gloss. in c. fin. extr. de consuet.* ab allegante probanda, *l. 1. C. quae sit longa consuetudo. Menoch. de praesumpt. lib. 6. praesumpt. 14. num. 14. Ioseph. Mascard. d. conclus. 423. nu. 26.* Tamen cum pro hoc, quod volumus, stet jus commune, quod de descendentium successione naturali & civili ratione sancitum est, nec ab eo hac interpretatione discedatur, & sic † præsumptionem juris pro se a- 126
ctores habeant, eamque allegent, magis est, ut dicamus, non actoribus præsumptionem juris pro se habentibus, sed reis contrariæ observationis probationem incumbere, *arg. l. 2. C. quae sit longa consuetud.* secundum unum intellectum, de quo Cyn. & alii ibid. Nam hac ratione receptum est, ut † viduæ ex consuetudine loci petenti ve- 127
stes lugubres & vidualia, non incumbat onus probandi eiusmodi consuetudinem, sed heredibus, contrariam consuetudinem prætendentibus, ut post Anton. Capic. *decis. 26. nu. 2. Angel. in l. sed usufr. §. dos legata. ff. ad l. Falcid. & Alexand.* recte docuit Mascard. *d. conclus. 423. num. 37.* Siquidem pro ea consuetudine, quæ viduæ vestes lugubres & vidualia addicit, juris militat præsumptio, ob id, quod juri communi est consentanea. Huic itaque interpretativæ consuetudini standum, nec ab ea recedendum est, donec contrarium ab opponentibus probetur.

Quarto,

Quarto, nullâ vox statuti M. indicat, quod per hâc separationem seu bonorum divisionem debeant à patria potestate liberari seu emancipati, & è familia patris eisci. Imo vero multo magis omnia jura, quæ inter parentes & liberos sunt, sarta tectaq; esse vult, nec liberos à potestate patria liberat, arg. l. nec avus. C. de emancipat. alioquin oportuisset separatim & de patre & matre agi, cum mater liberos in potestate non habeat, §. fœminæ. Inst. de adopt. atq; ideo in ea emancipationis consideratio sit res inepta, l. cum quidam, 132. ff. de verb. oblig. §. præterea. cum ibi notat. Inst. quib. mod. jus patr. potest solv. Statutum autem totum coniunctim & de patre & matre loquitur. Neque refragatur vers. Ock mogen Oldern. vers. Sie endeen dat mit wetten vnd willen erer Vormunder / gesetter vnd bestättiget vom Rade. Vox enim, Vor-
128 munder / † generalis & æquivoca est, quia tam curatorem, quàm tutorem significat: ut ideo pro
129 re subiecta accipienda sit. Etsi † autem in tutela esse non possit impubes filiusfamilias, cum tutela & potestas sit in capite libero, hoc est, ut vulgo exponunt, in caput à dominica & patria potestate liberum, l. 1 ff. de tutel. §. 1. Inst. eod. adeo ut etsi à filiofam. vel maiori in avi potestate manenti pupillo tutor datus sit, datio tamen nõ valeat, l. cum filiusfam. 28. vers. tutoris autem dationem. ff. de milit. testam. l. si putas. C. de pet. hered. l. 1. C. de pat. potest. nisi unico casu, de quo in l. fi. C. de sententiam passu. multis tamẽ casibus curatorem habere potest à magistratu datum, l. fin. §. sin autem in secunda. verb. & ab eo petere curatorem, ibi gl. C. de bonis quæ liberis. Nequit ergo ulla hic esse emancipationis vel abdicationis necessaria consideratio.

Sed & si qua emancipatio hoc statuto esset in-
130 troducta, tamen † ne sic quidem hi primi matrimonii liberi exclusi essent à successione legitima parentis, è cuius potestate abiissent, cum hodie omnis differentia sexus & emãcipationis sit sublata. auth. in successione. ubi Dd. cõmuniter. C. de suis & legit. Novell. 118. c. 1. Corn. cons. 125. num. 1. vol. 3. Ambr. Schurer. d. tit. 8. reg. 1. ampliat. 7. §. emancipati. & seq. Inst. de hered. quæ ab intest. defer. Quæ nec restituta aliquo statuto intelligitur, nisi disertis & expressis verbis hoc factũ esse probetur, Corn. cons. 307. n. 2. vol. 4. arg. l. si vero. §. de viro lex loquitur ff. sol. mat. l. commodissime. ff. de lib. & posth. l. præcipimus. C. de appell. cum eiusmodi statutum velut correctorium pro posse sit restringendum, Corn. d. n. 2. vers. statuta enim correctiva. per l. sancimus. C de testam.

131 Quinto, † ut liberi ad successionem parentũ non admittantur, necesse est, eos expresse & nominatim ex justa causa exheredatos esse, Novell. 115. ut cum de appell. c. 3. Bar. ad l. 3. ff. de lega. l. 3. §. filius. ff. de liber. & posthum. & in l. filium. ff. de bon. poss. cont. tab. Bal. ad l. 1. C. de lib. præter. & in auth. nõ licet. auth. ex causa. C. eod. Mynsi. ad rubr. Inst. de exhered. liber. n. 3. & 4. Fernand. Vasq. de success. creat. §. 20. n. 137. & seq. lib. 2. per l. fi. ff. de bon. damn. Exclusio autem statuta-
132 ria † est quædam exheredatio legalis, Bart. in l. 1. §. sciendum. ff. de suis & legit. Iohan. Pet. Surd. cons. 237. n. 4. Bal. in d. l. 2. C. de revocand. his quæ in fraud. credit. Corn. cons. 89. n. 6. & cons. 2. n. 90. vol. 3. cons. 82. n. 9. vol. 4. And. Gail. obs. 140. nu. 13. lib. 2. Mynsi. resp. 20. nu. 60. & seq. resp. 50. nu. 20. Igitur nec illa à lege vel statuto fieri potest, nec facta intelligitur, quàm si expresse & nominatim ex causa non quidem ingratitudinis, saltem alia aliqua justa facta reperiatur: cum nostrum non sit dicere, nec supplere, quod statutum non dicit neq; supplet: & ubi puritas effectus est, etiam puritas causæ esse debeat: atq; oporteat fictionem statuti imitari facti veritatem, arg. §. adoptio. Inst. de adoption. Alciat. resp. 4. n. 6. lib. 2.

Sexto † non desunt, qui aperte & quidem ve- 133
rissime docent, si statutum dotare, vel quid dare filiis filiabusq; jubeat, non censeri propterea exclusos exclusasve à legitima hereditate deferenda, nisi statutum illud progrediatur ulterius, & exclusos exclusasve seu dissottes esse jubeat, per l. illam. ibi Bald. vers. quod nullo modo verum puto. nam sicut. C. de collat. Benedict. Capra d. cons. 39. n. 11. Georg. Berlin. cons. 33. in prin. vol. 3. varior. JCtor. Ioan. Bolog. ad l. qui se patris. n. 17. C. unde liberi. Menoch. d. cons. 3. n. 28. vers. quod autem respondet. Capr. d. cons. 39. ubi, procedit, inquit Menoch. eo casu, cum statutum simpliciter loquitur, & non procedit ulterius disponendo. Quod etiam Modest. Pistor. d. consil. 2. n. 18. haud obscure innuit, causam exclusionis omnem in expressam statuti dispositionem trãsferens, Dieweil aber / sagt er / solches außtrücklich im Statut verordnet / so muß man sich dißfalls deß Statuts gehalten. Nec ab eadem sententia Dn. Ernest. Cothman. d. cons. 5. per tot. maxime nu. 110. vol. 1. alienus est. Tantum de † eo interpretũ 134
concertatio est, utrum sufficiant verba generalia, an vero specialia sint necessaria? Quod posterius Alciat. resp. 9. n. 20. & seqq. lib. 2. voluit, sequiturq; Menoch. d. cons. 3. nu. 28. & seq. & Corneus tametsi dubius in cons. 170. vol. 2. id veluti frequẽtius observatum defendit, maxime materia subjecta illud suadente. Hoc M. autem statutum saltem exponit, quomodo pater vel mater superstes defuncti defunctæve bona liberis assignare debeat, si ad secunda vota transeat, nempe ut sua cum iis confusa in duos semisses distinguat, ut eorum unum retineat, alterum liberorum esse permittat: ulterius non progreditur, neque in genere, neque in specie, ex quo constare possit, quod liberos hanc portionem bonorũ accipientes velit esse exclusos. Quod ergo non mutatur, cur stare, & sub juris cõis dispositione relictũ esse prohibetur? l. sancimus. C. de testam. l. præcipimus. C. de appel. & in terminis nostris Alciat. resp. 41. n. 8. lib. 5.

Octavo, † in statuto non tam verba, quã mens 135
& intentio eius, qui statuit attendenda, Bart. in l. inter stipulantẽ. ff. de verb. oblig. post gl. & Dd. in l. actor. C de probat. Alciat. resp. 8. n. 15. lib. 2. Mens autẽ & intentio statuti est, ut discordia, quæ propter communionẽ, cum superstite etiã post contractas secundas nuptias durantẽ suboriri potest, evitetur, ac cõstet, quid lucri nuptialis apud se sit, nec ne?
Per naturam † enim ita cõparatum est, ut cõmu- 136
nio pariat discordiam, l. cum pater. §. dulcissimis. ff. de legat. 1. Corn. cons. 24. nu. 13. vol. 2. socordiã & negligẽtiam, l. 2. C. quando & quib. quarta pars. lib. 10. atq; ideo nemo in cõmunione invitus stare cogatur, l. fi. C. comm. divid. Corn. d. cons. 24. n. 14. cons. 75. n. 6. vol. 3. cons. 326. n. 19. vol. 1. Itaq; hæc sola statuti illius mẽs, nõ alia attẽdi debet. Huius a. discessionis à cõmunione vis illa nõ est, ut à futura successione legitima liberos excludat, alioquin olim

per

per divisionem peculii, & hodie post latam legem Constantinianam per divisionem peculiaris ususfructus, quæ inter patrem & filium emancipatum in præmium emancipationis celebratur, *juxta l.cum oportet. §.cum à Constantiniana. C.de bon.quæ liber.l.fin. C.de emancipat.* filius à successione olim prætoria, hodie legitima repelleretur, quod tamen jura nostra non permittunt: ut nec hoc permittunt, si quid à vivo patre filio legitimæ nomine, aut ut in legitimam computetur, datum sit, ut propterea patri non existat heres, *l.si quando. §.illud.& §.seq. ubi Iason Castrens.& alii.C.de inoffic.testam.* verissimumq; hic illud cen-
137 sendum est, diversitatem † factorum diversa jura desiderare, *l.aut facta.ff.de pœn.l.ut responsum. C.de transact. Dec.ad l.precibus.nu.4. C.de impuber.& aliis substit. Ioseph.Ludo.Rota Lucens.decis.44.n.61.& 62.* nec à separatis recte inferri. *Nicol.Eberhard.à Middelburg.in loco legali.18.à separatis.* Aliud autem est, si parentes evitandæ communionis gratia liberos à se per divisionem bonorum segregent, aliud, si ita separent, ut eos etiam abdicent, ac penitus dissortes faciant, ut ideo ex uno alterum inferri neque possit, neque debeat.

Quid? quod statutum M. non æquè liberis uti parentibus potestatem fecit provocandi à communione? Disertè enim soli patri vel matri permittit. Tantum ergo abest, ut mens eius fuerit, per hanc divisionem filium debere emancipatum, dissortem & extraneum fieri, quin potius ex eo evidenter colligatur, noluisse propterea quidquam legitimi juris immutari, cum utrique parti alioquin permissum esse debuisset, à communione provocare, *d.l.fin.d.l.cum pater. §.dulcis-*
138 *simis.* Sed dum hoc non permittit, † nihil causæ vel culpæ est, quod liberis imputari possit, cur passi sint, se dissortes fieri. Imo velle non creditur, qui obsequitur imperio patris vel domini, *l.velle.4 ff de reg.jur.* & quod magis est, volente patre aut matre, inviti coguntur liberi divisionem admittere, ut statuti verba significant illa: Dessen mechten die Kinder nene Verwegerung thun. Invitus autem nemo emancipatur, vel dissors redditur, *l.iubemus. vers.si tamen ipse nihilominus.C.de emancipat.* Hoc etiam inde elicitur, quod statutum parenti usumfructum jure communi debitum non aufert, de quo *in d.l.1. C.de bon.matern.cum similib.* dum nihil de eo disponit, *per d.l. sancimus.* Si vero extranei & dissortes fieri deberent, ususfructus aut in solidum, aut pro dimidia parte esset parenti ademptus, *juxta d.l. cum oportet.§.cum autem Constantiniana.C.de bon.quæ liber.*

Nono, idem evidenter urget scopus & causa finalis, nempe ut lucrorum nuptialium liberis conservandorum, certa ac discreta sit portio, nec quoad reliqua parentis bona undecunque provenientia, dispositio *d.l.fœmina.d.l.cum aliis.4.* neque etiam dispositio *d.l.hac edictali.6. C.de secund. nupt.* locum retineat, semperque prospectum sit superstiti coniugi, de portione certa bonorum, non saltem quoad usumfructum, sed pleno jure, secus atq; *in d.authent.præterea. C.unde vir & uxor.* dispositum est.

139 Atqui non propterea liberi † à parentis sui hereditate, sive emancipati vel inter liberos, sive sui censendi sint, repelluntur, quod portio eis aliqua à parente superstite est assignata, vel donata, etiam ex lucris nuptialibus, sed nihilominus cum cæteris ad communis parentis successionem admittũtur, *ut evincitur per tot.tit.D.& C. de collat.bon.& tit.D.de dotis collat.* Sed nec excluduntur propter divisionem cum patre vel matre tenuioris fortunæ, *juxta d.auth.præterea. C.unde vir & uxor.* factam, quin & huic patri vel matri tandem morienti unà cum postea natis succedant, *Novell.118.c.1.* Ergo non hæc statutaria divisio eos repellet.

Decimo, etiamsi aliquid dubii ex verbo Scheden/remanere posset, hoc tamen vel inde elideretur, quod satis vox illa in hoc statuto operatur, etiamsi non extendatur ad odiosam illam abdicationem, qua liberi secundum Lubecense & Bremense statutum fiunt dissortes: quia liberorum emancipationem quandam, & quidem talem induceret, qualem mores Saxonici introduxere. *de quibus Iohan.Schneid.instit.de patria potest.in fin.ibi Wesembec.* item quod omnia bona materna ad liberos non perveniunt, ne quidem post obitum patris, ut ex supradictis liquet. Vox enim, nemen/ & vox, lathen / cum præsupponant divisionem, die helffte alles deß Gutes / utiq; dominium totius semissis addicunt, non minus parẽti superstiti, quàm liberis. Satius autem est, vocem aliquam aliquid in statuto operari, quàm ut nimium corrigat jus commune, & in infinitum atque odiosè procedat, *Iohan.Vincent.Hondedeus d.consi.1.nu 33.vol.1.& per alia jura supra passim relata.* Præterea statutum illud potius consilium est, quàm præceptum, ut per se patet & ex doctrina Camilli Borelli *de compromiss.§.1 gl.3.n.35.* At † ex- 140
clusio liberorum à successione legitima jure & natura debita, solo consilio non inducitur, neq; perficitur, sed præceptum & diserta exclusio necessaria est, *per Novell.115.c.3.§ 1.& 2.ibi Dd.tit.instit.de exhered liber.facit d.l sancimus. C.de testam.& d.l.scripto.in fin. ff.si tabul testam.null.exstab. Coras. Castr.Bald.& alii in l.non dubium. C.de legib.glos.Zas.& alii ad d.l.virtus.7.ff.de legib.*

Denique † reiecto iniquo, id, quod æquum in 141
statuto est, servabitur, Camill. Borell. *cons.49. n.26.* minusque à jure communi exorbitans, *Camill. Borell ibid. num.25. per l.placuit. ibi Dd. C.de judic.cum similib.* Atqui si propter hanc statutariam divisionem liberi primi matrimonii penitus exclusi esse deberent à superstitis parentis successione, summa iniuria afficerentur, & iniquissima statuti sententia reservaretur nimium à iure cõmuni exorbitans. Quid enim si prima uxor quinque vel sex millia in dotem marito dedisset, & insuper constante matrimonio à parentibus vel consanguineis per legitimam successionem totidem consecuta, cum maritus vix centum intulisset, & constante matrimonio vix mille acquisivisset. Defuncta uxore iuxta statutum redigens sua & uxoris defunctæ bona in unam massam, pater ad secunda vota recurrens, dat liberis semissem, alterum semissem infert secundo matrimonio, ex quo liberis quibusdam susceptis aut non susceptis decedit. Quod si nihil ex successione paterna habebunt, an non summa erũt iniuria affecti? Semissem omnium bonorum maternorum vident ad alios lares transire, ipsi quasi

quasi propriis spoliantur. in quorũ nempe quinque vel sex millium compensationem vix quingentos vel sexcentos à vivo patre nacti sunt. Qui tamen pater retento legitimo usufructu ex ipsorum bonis mirum in modum sua auxit. Apage igitur cum illa interpretatione, quæ tam insignem inæqualitatem inter consanguineos fratres ac sorores allatura, ac dolorosis ob amissum parentem dolorem accumulatura sit, ut verbis Sonsbecii *in comment. de feud. part. 9. num.* 109. utar. Siquidem perindignum est, fortuitas ob causas, vel casus humanos liberos paterna maternave, avita vel proavita hereditate fraudari, & alios insperato hereditatis commodo gaudere. Habeant vero solatium tristitiæ suæ, quibus est merito consulendum, *vt inquit Imper. in l. unic. in fin. C. de his qui ante apert. tabul. hered. transmitt.* Quid ergo? Nobis verissima videtur hæc posterior statuti interpretatio, ut quæ magis convenit verbis, intentioni statuentium, itemq; juri & æquitati. Et ut nihil de verbis atque intentione statuentium addamus amplius, inter cætera videtur nobis hoc statutum conformatum esse ad jus commune, *in c. significavit. extr. de donat. inter vir. & uxor.* & sic ad universalem societatem conjugalem, qualem jus etiam Saxonicum agnoscit, ut videre est Landrecht *lib. 1. artic. 31. & artic. 45. in fin. Autor. different jur. commun. & Saxon. lib. 1. part. 1. differ. 6.* & in Gallia frequentari scribit Anto. de Butr. *in d. c. significavit. num. 6.* Et certe hoc jus, quod *in d. c. significavit.* proditum est à Nicol. Eberhard. *consil. 53. & consil. 56. volum. 2.* jus appellatur commune.

142 Fundatum † enim est in universali societate vitæ & bonorum, quæ inter conjuges divino & humano jure intercedit, *per l. 1. ff. de rit. nupt. l. 1. ff. rer. amot. l. adversus. C. de expila. hered. Panorm. num. 3. ad d. c. significavit. Joan. Lopez. de lucr. marit. & uxor. c. 5. in princ. & num. 3.* Vigore hujus societatis omnia constante matrimonio communiter acquisita ita censentur inter conjuges communia, ut si altero eorum mortuo vel divortio intercedente matrimonium, & sic societas illa dissoluta sit; dimidia pars viro, ejusq; heredibus, altera mulieri ejusq; heredibus debeatur, *d. c. significavit. Joan Lopez. d. cap. 5. in fin. & cap. 6. in princip. & num. 5. versic ex ista autem societate resultat effectus. Didac. à Seguss. in repetit. l. 3. §. final. num. 77. & 78. ff. de liber. & posthum.*

143 *Mynsing. respons. 52 num. 24. cent. 1.* Quamvis † autem Petrus Costalius *ad l. 1. ff. de donat. inter vir. & uxor.* contendat, ejusmodi societatem esse leoninam, nec ideo tolerandam; cum mulieres parum aut nihil operæ, vel rerum conferant; improbanda tamen hinc non est, maxime statuto, vel consuetudine eandem societatem inter conjuges sanciente, *Andr. Gayl. observat. pract. 78. num. 10. & observat. 86. num 15. & 25. lib. 2. Didac. à Seguss. in d. l. 5. §. fin. num. 78.* Et sibi imputabit, qui minus diligentem sociam elegit, aut rebus non satis idoneam aut locupletem.

Hoc ergo, quod *in d. c. significavit.* de solis constante matrimonio communiter acquisitis constitutum est, M. statutum ad universa & omnia conjugum bona porrexit, eaq; ita commiscuit, ut æqualis utriusque conjugis ac liberorum sit fortuna, *Mynsing d. respons. 92. num. 23. & seq.* in quo & Saxonicum jus excedit seu superat, ut ex *d. artic. 31. & 45. ac d. differ. 6.* notum fit. Et quod huc collineet hoc statutum, rei haud obscure in conclusionibus non procul à fine profitentur, quando dicunt, quod quicquid vir & mulier in matrimonium inferunt & acquirunt, hoc statim in unam massam à statuto redigi, ita, ut bona dicantur conjugum communia.

Qua posita consideratione semis ille omnium bonorum ad liberos primi matrimonii non pervenit, velut legitima partim paterna, partim materna, sed simpliciter & duntaxat, veluti debita hereditas defunctæ matris, superstite parente ad secunda vota transeunte.

Subrogatum † enim sapit naturam ejus, cui 144
subrogatum est etiam in contrariis, *l. si eum. §. qui injuriarum. ubi Bartol. ff si quis cautionib. judic. sistend. caus. Bartholom. Socin. regul. 475. Joan. Petr. Surd. consil. 42. num. 11. per §. fuerat. Instit. de action. c. Ecclesia. extr. ut lite pendente nihil innov.* etiam in materia correctoria. *Joan. Petr. Surd. d. consil. 42. num. 11. per §. reliquum. versic. unde consequens. Novell. 1. Ant. Natta consil. 346. num 3.* maxime quando concurrunt ad eundem effectum, *Barthol. Socin. d. regul. 475. versic. secundo procedit.*

Subrogatur autem hic semis in locum & vicem portionis, quam defuncta mater societatis jure, *juxta d. c. significavit. & different. Saxonic. 6.* ad suos jure hereditario transmittit. Subrogatur in locum dotis, & universi patrimonii matris defunctæ, quod ad maritum attulit, nec non in locum lucrorum nuptialium apud superstitem conjugem manentium, quæ primis liberis omnino conservanda erant, *juxta l fœmina l. cum aliis. l. generaliter. l. hac edictali. C. de servand. nupt. & authent. ibidem inserta.* Nam & de eo inter utramque litigantium partem convenit; nempe, hoc statutum derogationem illius juris, quod de secundis nuptiis proditum est, *in d. tit. C. de secund. nupt. & in Novell. 22.* spectare, ac vicem ejus supplere.

At † illa omnia ad liberos primi matrimonii 145
jure ac titulo hereditario pertinent; quia matri suæ, cujus hereditatem non repudiaverunt, legitimi heredes sint, ut & ex *d. c. significavit.* colligitur, & notum fit ex *l. si quis prioris. 8. § talem. C. de secund. nupt. cum ibi notatis à gloss. Bartol. Bald. Castrens. & aliis. l. assiduis. C. qui potior. in pign. l. 1. & tot. tit. C. de bon. matern.*

Ad liberos ergo primi matrimonii nostro casu hæc quoque portio non pervenit, ut partim paterna, partim materna legitima, sed simpliciter ut materna tantum, eaque legitima hereditas.

Quod vel inde etiam consequens esse videtur, quod statutum M. neque explicite, neque implicite jubet, ut pater vel mater superstes liberis prioribus legitimam in vita solvat, vel legitimæ nomine quid assignet; sed solummodo ob dissolutum morte alterius conjugis matrimonium divisionem omnium bonorum prædicto modo permittit. In superstite autem nulla legitimæ, sed hæc sola ratio est retinendi semissis, quod illum jure sui patrimonii dissoluta universali societate habeat; ut & semissem acquisitorum, *in d. c. significavit.* retinet. Nec enim in liberis prioribus legitimæ, & quidem mixta, ratio

tio seu causa est, cur hunc semissem accipiant:
146 Sed quod † defunctæ matris heredes facti ab intestato succedant in omne jus, quod defunctæ, cum moreretur, fuit, *juxta l. nihil est aliud. 24. ff. de verbor. significat. l. hereditas. l. heredem. ff. de regul. jur.* Jus autem ejus, cum moreretur, fuit illud, ut si se viva matrimonium fuisset dissolutum, jure universalis communionis, sive societatis conjugalis semissem omnium bonorum habitura fuisset, veluti proprium suum patrimonium. In jus ergo illud hi liberi successere, ut sic in eo semisse soli matri suæ defunctæ, statuto ita disponente & patre dividente, heredes extiterint. Quinimo hæc vera censetur causa sic disponendi, quam statutum exprimit, *Corne consil. 96. num. 1. volum. 3.* Exprimit autem hoc M. statutum, mortem alterius conjugis, ex quo vel qua liberi supersunt, in verbis: Ein Fraw mit Kindern / der jhr echte Mann todt were / offt ein Mann / dem seine Fraw todt were. Hæc causa hunc effectum inducit, ut cum liberi superstites defuncto vel defunctæ heredes sint, id accipiant, quod ad eos devolutum est. Quid autem, & quomodo hoc accipient, in sequentibus disponitur. Quod ergo secundum hanc dispositionem statuti accipient, nullo alio titulo vel causa, quam successionis sive hereditatis maternæ habebunt; juxta illud: Si filius; ergo heres. Cui hoc insuper accedit, quod rei in exceptionibus, *fol penult. fac. 1. versic. alterum post mortem patris, &c.* hoc statutum ita interpretantur: quod patre P. W. mortuo adhuc matre sua superstite, reis unus semis omnium bonorum deberi cœperit, tanquam paterna legitima: & cum mater etiam mortua sit, alterum eorundem bonorum semissem retinere, veluti legitimam maternam: ita enim ajunt: Nicht simplex, sondern duplex jus erlangt vnnd bekommen haben / alterum post mortem patris, da jhnen alsbald / vermögen Statrechtens / das halbe Elterlich Gut / loco legitimæ paternæ, angefallen; alterum hereditatis jus, haben sie post mortem matris in continenti ererbet / loco legitimæ maternæ. Hoc ipso fatentur, quod semis, qui provenit ad liberos per divisionem superstitis parentis ex statuto ad eos non pertineat, veluti mixta legitima, partim paterna, partim materna; sed veluti legitima à defuncta matre vel patre debita. Deinde cum secundū hanc declarationē totus As utriusq; conjugis absumatur, nolentes volentes rei coguntur fateri; neutrum semissem ad liberos primi vel secundi matrimonii pertinere simpliciter ut legitimam, sed ut hereditatem.
147 Legitima † enim non est universitas juris, neq; quota hereditatis, sed quota bonorum, & sic universitas quædam rerum, quæ heredem non facit, *ut late ostendit Andr. Gayl. observat. pract. 120. nu. 3 & 4. lib. 2. per l. Papinianus. § quarta. ff. de inoffic. testam. l. ex facto. ff. de hered. instit. Anton Natta. consil. 156. num. 8. Joan. Petr. Surd. consil 128 num 8. & 9.*
148 adeo † ut etiam is legitimam petere possit, qui hereditatem patri vivo repudiavit, vel ei renunciavit, *l si quando. § & generaliter. C. de inoffic. testam. Aretin. d. l. fin. num. 6. C. de pact.* Nisi ergo admittamus improprie hic reos locutos esse, & legitimam accepisse pro eo, quod est hereditas legitima, hoc absurdum sequetur, quod in Repub. M. secundum reorum interpretamentum nullus pater & nulla mater relictis post se liberis decedens heredes ab intestato habeat; quia semper liberi quorum bonorum, non hereditatis ex statuto acciperent, pater vero vel mater superstes reliquum patrimonii jure societatis retineret, & quidem ita, ut tandem totus as absumeretur, nec aliquid amplius superesset, in quo vel tertius aliquis, qui ex liberorum numero non est, ei possit heres censeri. Ejusmodi autem interpretationes, quæ absurdum effectum eliciunt, in jure, maxime ubi de statuti interpretatione quæstio est, *Alciat. respons. 15. num. 5. lib. 2. respons. 6. num. 4. lib. 9.* non recipiuntur, *Eberhard. à Middelb. in loco legal. ab absurdo.* Quid ergo? Confundunt rei hoc loco, & passim per universam hanc disputationem hereditatem legitimam, & legitimam simpliciter appellatam & definitam. *in Novell. 18. & auth. novissima. C. de inoffic. testam. & in d. l. Papinianus.* ut satis vel hoc loco indicat vox, alterum hereditatis jus: item, vox; in continenti ererbt: quod mox commutatis vocibus more solito dicunt, factum esse loco legitimæ maternæ. Quod sane exaudiendum est, scilicet hereditatis. Quo ergo jure hi rei contendunt, ad se pertinere unum semissem, nempe loco legitimæ paternæ: alterum vero loco legitimæ maternæ, sive hereditatis, sive bonorum, eodem jure vicissim permittant, priores liberos à patre suo accepisse semissem loco maternæ legitimæ; nunc vero superesse paternam legitimam; à qua, cum statuto exclusi non doceantur, cur repellentur?

Sed & illud inter litigantes expeditum est, pertinere hoc statutum ad lucra nuptialia, & quæ in odium secundarum nuptiarum favore liberorum injuriam patientium constituta sunt, *in tit. Cod de secund. nupt.* Quod si ita est, non potest absque insigni priorum liberorum injuria, nec absque magna iniquitate in eos redundante; at cum maximo favore ac commodo secundarum nuptiarum, prior illa nempe reorum interpretatio stare: Siquidem pater ad secunda vota transiens ex bonis defunctę compensationem debitam, juxta statutum ex bonis defunctæ conjugisve accepisset, pro eo, quod coactus sit propria sua bona liberis primi illius matrimonii conferre: Contra vero liberi isti primi matrimonii, nec omnia materna jure & natura sibi debita bona accepissent, nec quidquam à patre in compensationem ejus detrimenti consecuti essent, & nihilominus insuper etiam à successione patris excluderentur: ut exemplo quoque supra indicabatur. Quod † cum à fine & intentione 149
hujus statuti alienum sit, atq; eæ vitandæ interpretationes, quæ à fine dispositionis discedunt, favoremque reponunt, ubi odium esse oportebat; at contra odium inducunt, ubi favor esse debebat; merito prædictus à reis allatus sensus statuti, veluti à norma recte & dextre interpretandi statuta, de qua Bartol. Jason, & alii *ad l. omnes populi. ff. de justit. & jur. c. cum dilectus. § quia nobis. ubi Panormit. extr. de consuetud. l. 2. ubi Doctores communiter, C. de noxal. action. Andr. Gayl. observat. pract. 33. per tot. lib. 2.* nimium deflectens improbatur: maxime vero cum liberi primi matrimonii

certent

ferrent de damno vitando, *Andr. Gayl. d. observat. pract. 33. num. 8. 9. 10.* secundi autem matrimonii de lucro & commodo captando. Quod si quis dicit, imo arridere posse, ut superstitis bona illata & acquisita longe sint majora, quam defuncti, vel defunctæ conjugis: parata est responsio, à statuto non cogi, sed consilium ei dari, si volet, ut dividat. Consilium autem † non subjicitur necessitati, sed voluntati committitur, *l. non quicquid. ff. de judic. d. l. sæpe audivi. ibi gloss. ff. de offic. præsid.* Quo eveniet, ut semper defraudentur priores liberi proter amores secundarum nuptiarum: quia si superstes minus locupletem se defunctæ conjugis bona opima esse sciret, ad divisionem provocaret, & liberos jam natos bonis maternis meliore parte spoliaret, eosdemque à spe futuræ successionis suæ excluderet. Contra, si se locupletiorem cerneret, non provocaret, ut post obitum liberi sui priores minima materna substantia contenti esse cogerentur.

350

351 Denique, † si prior statuti interpretatio retinenda esset, duæ pluresve specialitates simul in eodem statuto circa idem de eodem occurrerent: unum, quod liberorum exclusio induceretur, nullo statuti verbo id urgente: secundo, quod à vivo patre liberis esset legitima assignata: neque hoc expresse statuto jubente: tum etiam, quod etiam portio partim paterna, partim materna esset legitima censenda, contra id, quod dici solet, eandem rem diverso jure non censeri, *Wesembec. consil. 40 num 18. Mynsing. respons. 10. num. 76. per l. eum qui ædes. ff. de usucapion.* tum, ut multo plura liceat in posteriorem conjugem, per quamcunque donationem, aut voluntatem conferre, quam teneatur uni liberorum relinquere; imo omnia. Absurdum autem putatur, duo plurave specialia simul circa idem statutum concurrere, *Mynsinger. consil. 10. num. 72. centur. 1. Corneus consil. 254. num. 3. versic. & sic militarent. volum. 1. per l. 1. C. de dot promiss. Bart. in l. si tibi decem. in princip. ff. de pact. idem Corne. consil. 288. num. 12. volum. 4.* Retinenda itaque non est ista interpretatio.

Non obstat, quod legitima liberorum non solum minui, sed etiam tolli per statutum possit, maxime, si ex rationabili causa id fiat, *secundum Ascan. Clement. & Andr. Gayl.* nam etiamsi hoc ita sit, tamen cum hic non doceatur, liberos primi matrimonii semissem accepisse, non tantum veluti maternam hereditatem, sed etiam ut legitimam paternam, in vita patris, jubente statuto, impertinenter allatum esse, per se manifestum est. Neque necessario consequens est, defuncta matre statutum M. vult, ut pater omnium bonorum, si velit, semissem liberis det ad secunda vota transiturus: Ergo hunc semissem habebunt liberi tanquam legitimam paternam, aut certe tanquam maternam & paternam permixtim: cum possint habere simpliciter, ut hereditatem

352 maternam. Non † enim probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *l. neq; natales. 10. ubi gloss. & Bald. in princip. & versic. quaro, quare ista probatio. Castrens. num. 2. Cyn. & Salycet. C. de probat. l. non hoc, an tenuerit. 4 C. unde legit. & unde cognati.* Deinde,

353 præterquam, quod legum † circa legitimam filiorum versantium; *Corne. consil. 89. num. 6. volum. 3.* correctio est odiosa, *d. c. 1. in fin. de filiis presbyt. 6. Bart. ad l. si constante. ff. solut. matrimo.* nec ideo præsumenda, *Menoch. lib. 6. præsumpt. 48. num. 2.* nequit etiam insuper per tacitos, *gloss. in c. cupientes. §. quod si per viginti. de elect. 6. Constant. Roger. de interpret. jur. cap. 6. num. 10.* vel subauditos intellectus induci, *Jas. ad l. Marcellus. num. 50. & 51. ff. ad Senatusconsult. Trebellia. & in authent. novissima. num 67. C. de inoffic. testament.* Quinimo statutum nunquam videtur legitimæ derogasse, nedum eam sustulisse, nisi de ea expressam faciat mentionem, *Tiber. Decian. respons. 54. num 8. volum. 1.* Quod autem liberis legitima in bonis parentis superstitis debeat in futurum esse adempta, vel deminuta, aut liberi propter acceptum semissem à futura patris vel matris successione legitima exclusi, vel exheredes facti, statutum M. disertis verbis non expressit: Ergo nec per tacitos vel subauditos intellectus induci debet; cum habeat correctionem juris, & quidem maxime odiosam. Si enim statutum † excludens avuum maternum, aviamve maternam, aut paternam, vel quem alium ex ascendentibus à successione descendentium odiosum est odio irrationabili, & per consequens quam maxime restringendum, neque per subauditiones extendendum, *ut egregie respondit & probavit Corneus consil. 115. num. 6. & 22. volum 2. consil. 307. num. 2. & num. 9 vol. 4.* Quanto magis statutum de descendentium successione disponens restringi debet, ut liberos quam minime excludat: cum longe majore ratione liberis parentum hereditates debeantur, quam parentibus liberorum, *l. scripto. 7. in fin. ff. si tabul. testam. nulla exstat. l. cum ratio. ff. de bon damnat. l nam etsi parentibus. ff. de inoffic. testam.* Quod ergo † statutum disertis verbis, ac certa demonstratione, *juxta l. certum est. ff. de reb. credit. si cert. petet.* non dicit, nec nostrum dicere est, neque per subauditos vel tacitos intellectus supplendum, *per jura supra allegata, & quæ respondet Corneus consil. 88. num. 4. versic. ideo ex quo. volum. 1. itemq; Tiber. Decian. respons. 13. num. 13. volum. 3.* Qua de causa tanto minus urget, quod ex verbis. daß sie sich scheiden wolden von den Kindern/ etc. elici posse videtur. Nam, ut supra demonstratum est, verba hæc non stant dispositive, sed enunciative, & per modum conditionis: ut ideo nihil ejus probent, quod probare quis prima fronte putaverit. Deinde vox, scheiden/ variæ est significationis, ut ideo in dubio & benignior, quæ minus à jure communi recedit, & rei seu materiæ subjectæ convenientior interpretatio præferri debeat. Benignior autem ea est, qua vox, scheiden/ accipitur, pro divisione facienda: quia cum paterna ac materna bona consuetudine in unam quasi substantiam per conjugalem societatem sint confusa, utique per divisionem separanda sunt, ut constet, quæ materna bona censeri debeant, quæq; ad liberos priores, veluti materna hereditas pertinebunt. Et sic nulla inducitur juris correctio odiosa, nulla exclusio liberorum detestanda. Est eadem interpretatio materiæ quoque subjectæ convenientior. Tractatur enim in hoc statuto de bonis defunctæ conjugis separandis, per divisionem à bonis superstitis. Quo tertio fit, ut in significatione maxime propria hic vox illa, scheiden/ retineatur:

154

155

neatur: quia significat separationem, quam superstes cum liberis facturus est circa bona communia: siquidem matris bona, quæ hac communione continentur, jure hereditario in liberos sunt continuata, *Novell. 118. cap. 1. l. 1. in princip. l. matris. 4. ff. ad Senatusconsult. Tertull.* & transmissa, *l. unic. C. de his quæ ante apert. tab. l. cum in antiquiori-*
156 *bus. ubi Doctores C. de jure deliber.* cum heres sit † ejusdem potestatis jurisq́;, cujus fuit defunctus, *l. heredem. 59. ff. de regul. jur.* omniaq́; jura defuncti defunctæve in eum continuentur, *l. non omnia. 193. ff. eod.* Et cum nulla circumstantia, vel vox, aut certa demonstratio in hoc statuto exstet, vel ostendatur, cur hæc vox, scheiden/ necessario interpretanda sit de odiosa illa exheredatione statutaria, de emancipatione Saxonica, de odiosissima abdicatione & ejectione è familia; cur recurremus ad tacitos & subauditos intellectus, lege, ratione, & gravissimorum interpretum auctoritate repugnante? Et hoc tanto minus hoc casu fiet; quia vox, scheiden / totumq́; statutum satis multum operatur, etiamsi ad tam odiosam exclusionem à futura successione legitima non applicemus, ut supra vidimus.

Nec ideo attendendum est, vicinam hanc esse civitatem Saxonico solo: Est enim & Westphalico vicina: imo à multis in Westphaliam collocatur, tametsi in declaratione pacis publicæ Norica anno 1522. §. Item, der Ertzbischoff zu Magdenburg / etc. referatur in circulum inferio-
157 ris Saxoniæ. Sed, utut sit, ita demum à † vicinis locis & regionibus statutorũ, ut & in stipulationibus, interpretatio sumenda est, si neque ex verbis ipsis, vel re subjecta, neque ex jure communi naturaliq́; æquitate depromi commode potest: ut vel ex ordine *in d. l. semper in stipulationibus.* præscripto liquet, & traditur à Castrensi, *consil. 473. viso supra scripto puncto. in fin. & consil. 310.* in instrumento, *in fin. lib. 1. Aym. Cravett. per tot. d. consil. 118. num. 14. versic. sed posthabitis. usq; ad fin.* Ex quo etiam Wesembec. *d. consil. 95. num. 23.* declarandus est, cum oporteat dictum Doctoris intelligi secundum ab ipso allegata, *Roland à Valle consil. 68. num. 18. volum. 1.*

Et quod hic ordo servandus sit, neque ad vicinam regionem recurrendum, nisi & vocis proprietas, & res subjecta, & antecedentia & consequentia, & materia, causa & eventus, ac ratiocinatio commoda cesset, docuit quoque Nicolaus Cisnerus *ad l. 5. ff. de transactio. Bart. Cagnol. & alii in*
158 *d. l. in stipulationibus.* idemq; suadet, † quod regulariter statutum, ut & consuetudo unius loci non extenditur ultra suum territorium, *Tib. De. ia. resp. 19. nu. 67. vol. 3. per d. l. omnes populi. ff. de justit. & jur.*

Cum itaque vox ipsa, scheiden / per se obscura non sit, nec dispositio statuti ejusmodi, ut aliunde, quam à moribus Saxonicis, non possit accipere commodissimam interpretationem, non est, ut ad hunc postremum interpretationis gradum recurramus: præsertim, cum in statutis ob-
159 scuris † interpretandis hoc regulare sit, ut præferatur omnibus aliis illa interpretatio, quæ facit, ut statutum quam minimum jus commune lædat, vel corrigat, *Corneus consil. 302. num. 2. consil. 323. num. 5. volum. 3. consil. 55. num. 11. consil. 270. num. 2. versic. & ideo statutum. volum. 2. Tiber. Decian. respons. 54. num. 30. volum. 1. Aym. Cravett. consil. 118. num. 6.* Sed etsi interpretatio hæc ex jure & moribus Saxonicis universalibus admittenda esset: ne sic quidem obesset: ut ex Schneidew. authorè different. jur. civil. & Saxonic. Schurer. & aliis supra allegatis liquet. Nam etsi per Saxonicam
illam separationem sui juris fiant † liberi, & à 160
potestate familiaq; veluti emancipati liberentur, quo ad odiosa, in favorabilibus tamen jura suitatis retinent, eodem modo, quo & jure civili emancipati: ideoque perinde, ut emancipati, nihilominus patri ab intestato succedunt, collatis iis, quæ acceperunt, *Schurer. d. tit. 8. regul. 1. limit. 2. per* Landrecht *lib. 1. artic. 13. & lib. 2. art. 19.* Weichbild *artic. 57. l. filia. l. filiam. l. ut liberis. l. illam. C. de collatio.* Tametsi Magdeburgensibus, quo ad suum Weichbild/ hoc est, intra suum territorium, secus videatur, sed quo ad Geradam, ut idem Schurer. *ibid. & tit. 9. in 16.* speciali notat: de quo nunc nihil attinet dicere.

Et certe, si pro interpretando hoc statuto ne-
cessario ad vicinam † regionem ejusq; mores re- 161
currendum esset, rectius ad hanc universalem consuetudinem & universale jus Saxonicum illud interpretaremur, quam ut ad unius vel alterius civitatis, puta Lubecensium vel Bremensium statuta nos coarctaremus, *ut voluit Aym. Cravett. d. consil. 118. num. 3. versic. nisi probetur de consuetudine generali. & de antiquit. tempor. part. 4. num. 55. & seqq. Bald. ad c. 1. de feud. cognit. & facit text. in c. super. versic. quod illud observare tenetur. verb. in vicinis provinciis. extr. de censib. c. cum olim. extr. de consuet.* præsertim cum hæc interpretatio futura esset favorabilior: eo quod prædicta jura tantũ procedunt in favorabilibus, non etiam in odiosis, aut ubi vox, vel actus, aut res, ex qua quæstio est, interpretationem ex jure communi commodam non haberet, *ut tradunt Panorm. & cæteri Canonistæ in d. c. cum olim. & Bart. in d. l. omnes populi. Franc. Bursat. consil. 161. per tot. Menoch consil. 228. num. 55. & 56.*

Hinc etiam liquet secundi infirmitas: tum quod hoc intelligitur proprie de eodem statuto, ex alia statuti parte interpretando, seu de alio ab eodem auctore proficiscente, ut ex allegatis Doctoribus palam est, ut & ex Joan. Vincent. Honded. *consil. 2. num. 14. volum. 1.* cum ex stylo, fine & intentione statuentium hæc interpretatio desumenda sit, *Socin. jun. consil. 18 num. 16. lib. 3.* tum quod ita demum à statuto alterius regionis vel civitatis aut populi vicini recte assumitur interpretatio, si in obscuro versemur, & quidem tali, quod à jure communi non possit (ut modo dictum est) interpretationem capere; & statutum illud vicini populi, vel provinciæ aut civitatis plane esset idem cum statuto interpretando, neque odiosum, sed favorabile jus induceret: secus, si ex jure communi commodam interpretationem habere possit, aut vicinæ provinciæ, vel civitatis non esset specie, vel sententia omnino idem, aut induceret jus odiosum, & nimium exorbitans, per prædicta jura. Regulariter enim,
ut † à re ad rem, à persona ad personam, à causa 162
ad causam, non fit extensio, *Bart. ad l. 1. §. si quis hoc. ff. de itiner. actuq; privat. Tiber. Decian. respons. 51. num. 123. volum. 2.* ita nec à loco ad locum extenditur, *Joan. Petr. Surd. consil. 323. num. 13. Corne. consil. 293. num. 4.*

num.4. vol.1. Menoch.consil.75.num.81. sed intra fines sui territorii operatur, *Tib.Decian.d.respons.19.*
163 *nu.67.* Et quamvis interpretatio aliqua † hic admittenda per statutorum alienorũ collationem, tamen hæc rursum ita moderanda esset, ut quam minimum à jure communi recederet, neque illud læderet, quantum possibile est, *Bart.ad l.bonorum.C.qui ad bon.possess.admitt. Anto.de Butr. ad c.dudum. extr.de decim. Castrens.ad l.si testamentum. C.de testam.* Wesembec.*consil.11.num.46.versic.sed statuta potius.Roland.à Valle consil.32.num.22.volum.1.* ob id, quod juris communis correctio omnino vitanda, *Wesemb.consil.41.num.156.* in quovis casu dubio vel statuto interpretando, *Tib. Decian. respons. 9.num.83.respons.61.num.37.volum.2.*

Quia autem hoc nostrũ statutum ex jure communi Saxonico satis commodam recipit interpretationem, eamq; minime odiosam, ut dictum est. Norma itaque interpretandi ex Lubecensi & Bremensi statuto hoc casu assumi non potest.
164 Deinde, statutum Bremense, † itemq; Lubecense hinc etiam non potest norma esse interpretandi hoc nostrum statutum: cum utrumq; non in eo subsistant, quod volunt à superstite bona in unam quasi massam confusa in duos semisses secari, ut alterum pater habeat, alterum liberi capiant: sed hoc amplius expresse & disertis verbis statuant, ulteriusq;ue progrediantur, & jubeant eos liberos, qui hujusmodi semissem juxta præscriptam à statuto formam à parente superstite acceperunt, dissortes fieri, uti ex Modestino Pistor. *d.consil.2.* patet *in princ.* ubi verba statuti Bremensis proponuntur; versic. die ersten Kinder sollen besättiget seyn mit jhrem Theil / rc. *& num.* 18. ubi Modestinus Pistor. fatetur, quod non fuissent liberi propter divisionem exclusi, nisi statutum disertis verbis eos exclusisset, quando ait: So antworten wir darauff / daß solches möchte statt haben / wenn kein Statut verhanden / oder das Statut nicht weiter gienge / unnd die Kinder erster Ehe nach beschehener Abtheilung nicht gäntzlichen von der Succession außschliesse. Dieweil aber solches außdrücklichen in dem Statut verordnet / so muß man sich diß fals deß Statuts halten.

Sic etiam Lubecense statutum ulterius progreditur, *in artic.16 & 78* ubi statutum disertis verbis eos à successione communis parentis excludit, quia juxta statuti tenorem per divisionem separati sunt, quando ait: Dann diejenigen / welche von den Erben abgescheiden / haben nichts zu fordern. Idem & *in artic.34.* manifestis verbis expressum est, multisq; aliis articulis: ut etiam Ernest. Cothman. *d. respons.5. num.102. 110. & passim per tot.respons.* & ante eum Laurent. Kirchof. *consil.5. num.16. versic.* Was nun den dritten. *num 17. 18. & seq. vol. 2. varior. Jurisconsultorum*, evidenter probat. At nostrum hoc etiam M. statutum neque in hoc, neque in ullo alio capite eo usq; progreditur, ut aliquam habeat clausulam liberorum exclusivam: ut ideo de eo idem judicium esse non possit, quod est Modestini Pistoris *in d. consil. 2.* de Bremensi, & Ernesti Cothman. *in d. consil. 5.* de Lubecensi. Sed hic illud obtinebit,
165 quod propter † diversitatem facti, identitate rationis deficiente, diversitas juris desideratur, *Joseph.Ludovic.Rota Lucens.decis.44.num.61.& 62.Menoch.consil.50.nu.2.* Et data dissimilitudine vel imparitate etiam parva, argumentũ à simili, vel pari non procedit, *Eberhard.à Middelburg.in loco legal.13. à simili, nu.11. versic.quarto non procedit, & 5.* cessante jam paritatis vel similitudinis seu proportionis correlatione, secundum eundem Eberhard. à Middelburgo *in loc.14.à pari, nu.4.in fin.& 5 & loc. 17.à proportione, nu.4.* maxime vero quando versamur in odiosis, *d.loc.13.à simili, num.12.versic.quinto non procedit.* aut legum jurisve communis (ut hoc casu) correctione, *d.loc.13.à simili, num.11. versic.secundo non procedit.*

Quæ cum ita sint, liquidissime apparet, duo illa Responsa duorum clarissimorum Jurisconsultorum, Modestini Pistoris, & Ernesti Cothmanni, quibus adeo vehementer rei incumbunt, ut secundum ea victoriam causæ sibi persuadeant, actoribus non adversari; quia in terminis M. statuti non loquuntur, sed in terminis longe diversissimis, nempe, in quibus versatur Georg. Berlin. *d.consil.33.in princ.nu.3.4.5.6 7.vol 3. varior. JCtorum Francof.editorum.* Neq; vero ex una atque
altera † vocula paritas vel similitudo statuti hu- 166
jus, & Bremensis vel Lubecensis, sed ex tota ejus dispositione elicienda est: cum & in statuto verum sit, quod JCtus de lege interpretanda docuit; incivile esse, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare, vel respondere, *l. incivile. 24. ff. de legib.* & quam male fundamentum similitudinis vel paritatis in vocula, scheden / Rei ponant, ex superioribus palam est.

Sic etsi paritas in eo detur; quia in hoc M. non minus, quam in illo Bremensi, itemq; Lubecen-
si agatur de liberorum † & bonorum separatio- 167
ne per divisionem; non minus in hoc, quam in illis requiratur auctoritas & consensus tutorũ ac curatorum, à senatu impuberibus minoribusve datorum: hoc tamen non probaret, quod æque per hoc M. ut per duo illa statuta liberi per divisionem essent dissortes facti: quia à separatis nihil recte infertur, per jura vulgata; neque illius exclusionis, qua liberi Bremæ, Lubecæ, & Rostochii dissortes fiunt, fundamentum, causam & rationem clarissima illa duo lumina Juris, Modestinus Pistor. & Ernestus Cothman. ex hoc investigant, neque eliciunt ex bonorũ divisione, vel tutorum auctoritate & curatorum consensu: sed ex utriusq; statuti cohærentibus capitibus & verbis, in quibus ulterius ista statuta progrediuntur, & nominatim jubent liberos dissortes fieri; uti ex Modestino Pistor. *d.num.18.* & Ernesto Cothman. *num* 101.102.110. & toto eo responso: Laurent. Kirchof. *d.consil.5.vol.2.varior.JCtor.* evidentissime patet. Idem de causa impulsiva vel finali, nempe, quod propter odium secundarum nuptiarum hoc statutum æque ut Bremense & Lubecense factum sit, judicium esto. Non enim hæc causa, sive finalis sit, sive impulsiva, hoc necessario infert, quod liberi priores semissem accipientes debeant à successione parentis dividentis secum per posteriores posterioris matrimonii liberos in perpetuum exclusi esse, & sic dissortes censeri, *Georg.Berlin. d.consil.33.num.3.4. 5.6.7.vol.3.varior JCtorum.* Quinimo contrarium

potius inde elicitur, ut supra *per d. l. fœmina. 3. d. l. cum aliis. 4. d. l. hac edictali. 6. C. de secund. nupt.* probatum fuit. Neque etiam ex hac causa prædicti duo Jurisconsulti, D. Pistoris, & Dn. Cothman. eliciunt, quod priores liberi sint exclusi; sed quod statutum utrumque jubet eos esse dissortes: quod M. statutum neque in hoc, neque in ullo alio capite fecit: ut ita casus, quem omisit, reliquisse sub juris communis dispositione, omnino credendum sit, per supra allegata & deducta.

Qua de causa, si iidem hi duo Jurisconsulti, Dn. Modestin. Pistor. & Ernest. Cothman. de hoc M. statuto consulerentur, neq; possent, neq; vellent idem respondere, quod de Bremensi & Lubecensi respondêre, propter defectum clausulæ exclusivæ, liberorum, *argum. l. aut facta. ff. de pœn. l. ut responsum. C. de transact. Dec. ad l. parentibus. nu. 4. C. de impuber. & aliis substit.*

Tertii hinc etiam vis nulla est, cum verba & mens statuti M. deficiant, neq; officium P. W. fuerit, statuta & jura municipalia interpretari: diciq; potest, plus in opinione ejus fuisse, quam in veritate: sed veritatem vincere oportere, *c. veritas distinct. 8.* Neque propterea filii castigatores patris exsistunt, neq; mendacii arguunt, sed errorem ejus indicant, modesteq; excusant. Deinde verba illa non sunt dispositive, sed enunciative prolata, ut ideo non probent liberorum exclusionem, *Wesemb. d. consil. 2. num. 83. consil. 14. nu. 30. Corne. consil. 260. num. 10. vol. 3. Hieron. Schurff. consil. 77. num. 9. cent. 3.* Et præterea commodissimam admittunt interpretationem secundum analogiam juris, secundum quam etiam, veluti per prius quam maxime accipi debent, egregie illud docente Alexand. Raudens. *in tractat. de analog. æquic. univoc. cap. 3. 5. 8. 9. 10. & per tot.* Nam cum liberi priores habeant certam portionem, assignatam in vicem maternorum bonorum: inde est, ut reliqua omnia fuerint juxta loci mores utriusq; conjugis propria; nec potuissent actores aliquid amplius ab eis, veluti maternam rem, vel lucrum nuptiale petere: itaq; secundum jura & loci mores sibi mutuo in iis succedere potuerunt, eaq; deinceps in suos heredes transmittere, quatenus scilicet jura & mores civitatis hoc permittant: pro modo, qui *in auth. præterea. C. unde vir & uxor. & in d. c. significavit. extr. de donat. inter vir. & uxor.* præscriptus & supra declaratus est. Verba enim illa, billich vnd Rechtswegen / pro posse & esse statuti declaranda sunt, ut & in qualibet alia dispositione, qua disponens censetur, se conformasse cum dispositione juris communis, *Corne. consil. 24. num. 11. vol. 2. consil. 307. num. 2. volum. 4.*

Non ergo liberos priores totaliter & absolute hæc clausula excludit, sed quatenus leges & statutum ferunt. Quatenus autem hoc ferant, P. W. hic non disponit, sed ex superius dictis apparet.

Quod ad quartum attinet, nempe ipsosmet actores fateri, potuisse patrē totam suam substantiam, quam post factam divisionem retinuit, in novam nuptam per donationem propter nuptias vel mortis causa conferre, ac potuisse in toto asse uxorem suam habere heredem, non absolute & simpliciter, sed intuitu statuti, *& l. in re mandata. C. mandat. & l. fœmina. l. hac edictali. 6. C. de secund. nupt.* & salva legitima, *auth. novissima. C. de inoffic. testam.* verum esse concedunt. Nam cum statutum legitimam liberis diserte non adimat, probandum est, eam nihilominus salvam manere, ut supra ex Tiberio Deciano, Corneo, & aliis idoneis autoribus probatum est. Deinde, ut Falcidiæ, ita † etiam legitimæ deductio est in dona- 168
tionibus, mortis causa factis, & quæ inter vivos factæ morte alterutrius conjugis confirmantur, *l. quod de bonis. 15. ff. ad leg. Falcid. l. Seja. 42. verb. propter Falcid. ff. de mort. causa donat. l. 2. C. eod. l. 5. l. donationibus. 12. C. ad leg. Falcid.* ut quamvis fateantur, posse patrem libere prædicto modo disponere, non tamen usque eo hoc non concedant, ut ne quidem legitimam consequi valeant, aut se fateantur per statutum dissortes esse factos.

Præterea propter *d. l. in re mandata. C. mandat.* vulgo *cum gloss. in l. 1. C. de inoffic. donat.* dici solet, quod pater † possit omnia sua bona vendere, & 169
pretium in mare projicere, atque ita liberis in legitima præjudicare, *Decius consil. 557. num. 7. Aymon Cravetta consil. 241. num. 1. Roland. à Valle consil. 62. num. 25. volum. 1.* Sic & hic pater potest immensis donationibus sua exhaurire, & inanem liberis hereditatem relinquere: at non vigore statuti, sed jure communi, quia rerum suarum moderator & arbiter est, *d. l. in re mandata.* Neque propterea cessant omnia beneficia juris, *in d. l. 3. & d. l. hac edictali. C. de secund. nupt.* legitimæ successionis, *per d. l. 1. C. de inoffic. donat. cum l. seq.* nisi quatenus patri heredes facti ratum habere teneantur, factas ab eo donationes ac promissiones, *l. cum à matre. C. de rei vindic. l. ea quæ à patre. C. de restit. milit.*

Quod ergo actores concedunt, patrem potuisse totam suam substantiam in secundam uxorem elargiri; hoc ipsum secundum jus concessisse censendi sunt: & quamvis heredibus, præsertim liberis, licitum non sit, factum defuncti impugnare, *d. l. cum à matre. d. l. ea quæ à patre.* hoc tamen intelligendum est, modo non sit inofficiosum, *juxta d. l. 1. & seqq. C. de inoffic. donat.* neque aliquid factum contra constitutionem, *in d. l. fœmina. 3. & d. l. hac edictali. 6. C. de secund. nupt.* Rursum ex eo nec hoc consequens est, imo quod propterea tota hæc substantia ex voluntate patris tacita, debeat in secundam conjugem esse collata. Non enim à posse ad esse valet consequentia, *per dictam l. neque natales. C. de probat.*

Denique etsi in secundam uxorem suam L. C. omnia sua non absque priorum liberorum præjudicio contulisset: tamen hæc omnium bonorum donatio ad hanc tertiam conjugem Annam G. filiam, ejusque liberos non foret extendenda: tum quod non sit eadem uxor, cui donasset; neque eædem nuptiæ: tum quod donataria L. ante donatorem mortua hæc omnium bonorum donatio inter conjuges facta, morte confirmanda exspiraverit, *l. si filiusfamilias. 23. l. fin. ff. de mort. causa donat.* Semel autem exstincta donatio † vel obligatio non reviviscit, sed exstin- 170
cta ma-

cta manet, quoad omnes eius effectus, *l. qui res 98. §. aream, ff. de solut. l. inter stipulantem. §. aream. ff. de verb. obl. l. eius qui. § fin ff. de iur. fisci. And. Tiraqu. ad l. si unquam. verb. susceperit liberos. num. 191. in fin. C. de revoc. donat. Tiber. Dec. resp. 49. nu. 9. vol. 4. Johan. Petr. Surd. cons.* 18. *n.* 10. Sed ex integro agenda ac contrahenda est. Atqui cum hac tertia uxore ex integro acta non est, neque pacta dotalia cum ea fecit. Nequit ergo ea donatio, vel pactio dotalis, quæ cum secunda L. C. intercessit, ad hoc tertiū
171 trahi matrimonium, cum † quælibet dispositio restringatur ac consumatur in primo actu, *l. boves. §. hoc sermone. ibi Andr. Tiraquell. in princ. ff. de verbor. signif. Joh. Petr. Surd. d. cons.* 18. *n.* 9. & tertiæ nuptiæ, non tam respectu primarū, quam proximè præcedentium dicantur secundæ, ut Decius *præallegato loco* docet.

172 At inquiunt rei, † mulier quæ secundò nubit, nulla dotis quātitate expressa censetur eādē dote nupsisse, qua nupserat priori marito, *l. dotem, quæ. 30. l. Divus Severus. 40 ff. de iure dot. l. si mulier 19. l. pen. §. uxor ff solut. matrim. Cacheran. decis. Pedemont.* 21. *num.* 1. Sic & donatio propter nuptias primæ uxori illata, in secundo matrimonio erit censenda tacitè restituta. Verùm si exactè hoc de dote examinare velimus, allegati illi textus non probabūt, cum agant de eo casu, quando uxor divortio facta mox aut ex intervallo ad eundem maritum redit. Tum enim non tam novum matrimonium est, & nova dos, quam prioris renovatio. Deinde dato, quod inde rectè probetur, ut & probari vulgò creditur, *secundum Cacheran. d. decis.* 21 *nu.* 1. tamen hoc solummodo in dote, quatenus dos censeretur constituta, obtineret; non aūt quoad pacta lucrandæ dotis & successionis mutuæ. Hæ enim qualitates conventionis extra substantiam dotis adjectæ, cum personales sint, personam nō egrediuntur, cuius causa appositæ erant. *l. in omnib. 68. de reg. iur. c. 2. de immunit. eccles. 6.*

173 Sic † & quantitas donationis propter nuptias, si dos minor à nova nupta inferatur, revocabitur ipso iure usque ad concurrentem quantitatem, *authen. æqualitas, C. de pact. conven. tam super dot.* ut si nihil intulit, nihil etiam auferat, *authen. sed quæ ni-*
174 *hil. C. eod.* Quod si pactum † de non lucranda dote in posteriore matrimonio factum sit, nihil verò de donatione propter nuptias cautum, etsi donatio illa, quæ in priore matrimonio fuit, intelligi potest usq; ad concurrentem quantitatem dotis renovata ac repetita, pactum tamen, quod in priore matrimonio fuit de lucranda donatione propter nuptias, nequaquā intelligeretur repetitum, cum illud doti à nova nupta detractum sit, per *leg. ex morte 9. C. eod. & ibi Dd. communiter.* Patet ergo hoc verum esse quod diximus, nempe non censeri eandem qualitatem factis adjectam, in posteriore matrimonio repetitam, nisi hoc actum sit.

Denique si qua vis huic argumento esset, ea potissimum ex statuto dependeret, non ex liberorum primi matrimonii confessione. At si ex statuto hæc vis esse deberet, qua fronte rei dicere possent, ut est in prima dubitandi ratione, hoc statutum M. factum esse in favorem liberorum primi matrimonii, & in odium secundarum nuptiarum. Egregius sanè liberorum favor, egregium secundarum nuptiarum odium! An non totum semissem secunda uxor esset habitura, liberi verò primi matrimonii singuli vix sextantem: Quod quam latè discedat ab æquitate & ratione, *d. l. fœmina. & d. l. hac edictali.* vel minimi tyrones juris intelligere possunt. Aut igitur falsa est ista huius statuti ratio, aut irrita hæc quarta obiectio, imò utrumq; dixerimus.

Quintum ideò non obstat, quia † hoc procedit, si ex eadem causa rursum petere velint, secus si ex causa alia, eaque nova seu à priore diversa. 175
Nam cum idem dici non potest, sed aliud diversum debitum à priore, ut in simili de homicida ex statuto puniendo, qui duo commisit homicidia, respondit Decius *ad d. l. bona fides. num.* 7. & 8. *de regul. jur. post Bald. in authent. Qui semel. vers. ex ista authent. C. quomodo & quando iudex sent. proferre.* At priores liberi paternam hereditatem pro virili non ex eadem causa, qua semissem bonorum, quæ tempore primi matrimonii fuerunt, à patre assignatum habent, sed alia eaque nova petunt, quoniam, ut supra ostendebatur, semissem illum veluti hereditatem maternam tum temporis sibi delatam acceperunt: negaturq; simpliciter, aliquid eos accepisse veluti legitimam à patre vivente, ut paternam debitam atque solutam: cum id statutum non dicat, & sic versemur hic in terminis, *de quib. Bald. in d. l. 2. vers. quare quid de legitima. & in d. l. fin § & cum antiquitas. colum. pen. versic. iuxta prædicta quæro. dicit statutum. C. de usur. rei iudic.* nec etiam in terminis, *d. l. cum quo de peculio.* 56 *§. fin. ad leg. Falcid.*

Quod autem † quibusdam argumentis a reis demonstrari vult, statutum voluisse prioribus liberis ex bonis patris viventis legitimam assignare, & inter cætera hac ratione: quia alioquin pater cogi a statuto neq; potuisset, neque debuisset propria sua bona in hanc divisionem conferre, & sic liberis dimidiam omnium dare: illud inquam, inconsequens est & fallit: quia est a non causa ut causa. Nam nulla hic collatio est, sed confusorum bonorum separatio, *arg. l. 1. in princ. § item videmus. & seqq. § præterea ff de separation.* 176

Deinde, si qua esset eius collationis non illa causa erit, quia legitima paterna ac materna permixtim eis dari debuit: sed quia societas coniugalis, quæ iure & moribus præsertim eius civitatis universorum bonorum communionem introduxit, omnia ita confudit, ut una massa facta censeatur. Ex hac autem massa habebunt liberi primi matris suæ defunctæ portionem, in se hereditario iure transmissam. At difficilis est unitorum separatio, *d. l. 1. § præterea sciendum est, § seq. ff. de separat.* Statutum ergo ut huic malo medicinam adhibeat, nec difficilior liquidatio obstet, neque separatio in mora sit, permittit ut omissa scrupulosa separatione semis universę istius massæ hereditario iure cedat liberis; alter vero superstitis parentis veluti proprium ipsius patrimonium. Quod si quid ex suis rebus superstes liberis concedit, hoc plene compensatur cum rebus, quas ex defuncti vel defunctæ conjugis bonis, nulla separatione facta, retinet: atque ita omnia sua absq; ulla diminutione, imò sæpè etiam cū magna accessione retinet. Nō ergo pater liberis primi matrimonii sua confert, neq; ut debitā

à se legitimam, sed ut hereditatem maternam, semissem illum omnium bonorum in unam quasi massam coactorum, iuxta statutũ solvit. Quo fit, ut subsumptũ in hoc argumento negetur: Quod cum ex statuto non probetur, infirmam conclusionẽ pariat necesse est. Hac ratione tollitur etiã ratio inæqualitatis, imò cõmodissimè retorquetur, cum summa inæqualitas futura esset, ne dicamus, iniuria, si liberi primi matrimonii à patris sui hereditate penitus deberent esse exclusi, ut
177 sup. ostensum fuit. Et meritò † statim de materna hereditate sua sunt certi facti ac tuti: cum hoc leges inprimis velint, adeò etiã, ut quælibet lucra nuptialia prioribus liberis esse sarta & tecta, tametsi defunctæ matri heredes non exstitissent, *d.l.si quis prioris.§.talem verò.C.de secund.nupt.* Neq; etiam permittant superstiti parenti ea inter liberos, ut olim *iuxta d.l.fœmine.C.eod.* distribuere, vel uni assignare; sed ea velint inter liberos æqualiter esse divisa, *auth. lucrum. C. eod.*

Sed nec M. statutum pleno jure hunc bonorum semissem prioribus liberis assignat, sed simpliciter dicit, patrem debere eis alterum semissem permittere, vel, ut verba statuti sonant, vnd lathen de andern helffte den Kindern / Quo fit, ut salvus maneat parenti legitimus ususfructus, & legitima eorum bonorum administratio, *iuxta l. 1.C.de bon.matern.* prout disertè etiam hoc nostro casu sibi hunc usumfructum pater PW. usque ad separationem per mensam & domicilium, bonorumq; administrationem reservavit, attestante instrumento de hac divisione facto.

Summa itaque iniquitas esset, si ab hac paterna hereditate liberi primi penitus deberent esse exclusi, quę ex usufructu bonorum maternorum non parum aucta & amplificata est.

Quo hoc rursum efficitur, quod parum aut nihil huc faciat illud, quod quando aliquid se habet ad lucrum & ad damnum æqualiter, non possit prætendi aliqua læsio: Non enim æqualiter & ab eventu hic se habet, & ad lucrum, & ad damnum, sed longè inæqualiter, cum bona materna actorum iam statim à momento factæ divisionis fuerint certa, & quod in ipsorum arbitrio ac potestate non fuit, hanc divisionem recusare: vel si minores matris defunctæ facultates fuissent, patrem invitum ad divisionem cogere non potuissent: cum hanc facultatem statutum soli parenti, non etiam liberis dederit. Unde præsumendum est, materna bona longè pluris fuisse, alioquin ad divisionem pater non provocasset, *argumen.l.cum de indebito in fin. ff.de probatio.*
178 *cum ibi not.* Verba † Vnd entbrecke dann an der Vorwort: variè quidem hinc inde litigantes interpretantur. Verius autem & instituto magis conveniens est, ut ea generaliter accipiamus, de quacunque dispositione vel conventione jure subsistente, qua firmiter possit plus minusve liberis assignari, veluti si dives fœmina nupsisset minoris fortunæ viro, & pacta esset, aut testamento cavisset, ut non secundum statutum, sed secundum jus commune soluto matrimonio hereditas sua ad liberos perveniret, aut ad secunda vota transiens, præter semissem, quid prioribus liberis reservasset, quia defuncti coniugis bona longè pinguiora fuissent, & ita deinceps. At non propterea consequens est, quod de universis bonis tam superstitis, quam defuncti coniugis indistinctè hæc clausula sit accipienda, & sic probet, legitimam partim paternam, partim maternam attribui in vita patris vel matris: aut quod propter hanc assignationem delatæ portionis per mortem patris vel matris, exclusi etiam esse debeant à superstitis patris, vel matris futura successione. Id enim à proprietate & intentione verborum prorsus alienum est, & nimis longè petitum.

Denique † ex his etiam patet infirmitas eius 179
argumenti, quod à commodo & incommodo prolatum est: cum & hoc incommodum primi liberi sentire cogantur, ut totam maternam paternamve substantiam non consequantur, sed eam cum paternis maternisve, si quæ accipiunt, compensare teneantur. Quod si insuper etiam à paterna maternave hereditate futura exclusi esse deberent, duplici incommodo afficerentur, duplicemque jacturam facere cogerentur, & quidem ita, ut omne hoc emulumentum redundaret in favorem & commodum secundarum nuptiarum, quas oportuisset potius odio persequi, ut supra pluribus. Ex quo quid aliud consequens erit, quam quod hoc argumentum *ex dict.cap. qui sentit. de regul. jur. 6. d. leg. secundum naturam. ff. eod.* quàm optimè in reos retorqueri possit hoc modo: Qui sentit onus, sentire etiam debet commodum.

Sed liberi primi matrimonii hoc sentiunt incommodum, quod integra bona defunctæ matris non consequuntur, & si quid ex paternis accipiant, tantundem & longè plus ex maternis eis decedat, apud patrem pleno iure per statutũ permanens. Ergo etiam commodũ sentire debent: nempe ut in paternis pro virili cum posterioribus liberis sint & fiant heredes.

Sexti refutatio pendet ex refutatione primi, secundi & tertii, ubi probatum est, vocem schei-den/non significare hoc loco abdicationẽ, exclusionem & rejectionẽ è familia: multoq; minus statutariã exheredationem. Quibus adde & illud, quod hi liberi nullo modo legitimã ex statuto paternã acciperent, sed quicquid eius est, puta puta hereditas materna fuit, & sic jura allegata hic locum non sortiuntur.

Sic septimò satis hinc deprehenditur, ea quæ *Bald. in l.fin.§.Et cum antiquitas. & in d. l. 2. Jacob.de Butrig.* secutus scribit, huc non pertinere, quãdo statutũ hoc nostrũ non jubet, ut pater in vita sua filio assignet legitimam ex bonis, sed ut dissoluta universali societate dividat, & maternã portionẽ reddat. Ex quo constat, non aliter M. statutũ locũ sortiri, quam si alter parentum sit mortuus mortuave. At Bald. † & qui eũ sequuntur, veluti *Guid.* 180
Papa singul. 508. n. 6. Ascan. Clemens de patria potest. in 16. effect. n. 13. non distinguunt, utrũ mater filii adhuc superstes sit, necne? sed quandocunque filius deliquit, & statuto cautũ sit, ut pater pro filio legitimã fisco satisfaciat, quod tũc pater teneatur statuto parere. In his terminis iam non versamur.

Quod ergo Bald. statuto patrẽ fingit mori, tũ quando pro delinquente filio legitimam solvit, ut ideò ex post facto non augeatur nec minuatur filii legitima; etsi illud in tali casu specialiter à sta-

à statuto expresso tolerari potest, tamen in præsenti cessaret, veluti extra nostros terminos constitutum. At quod amplius progreditur & vult,
181 etiam tum, quando sponte † seu voluntarie in vita sua legitimam pater filio præstat, eam non augeri, auctis postea bonis, nec patre mortuo, supplementum petere posse, repugnat *d.l.si quando.§.illud.C.de inoffic.testamen.* neque est absque contradictione. Apertè enim Jason *in d.l.si quando.§.illud etiam. idem Castrensis & plures alii. nec non Alexand & Castr. ad l.in ratione.ff.ad leg Falcid.& idē Jason in authent novissima.num.9.C.de inoffic.testamen.Didac.Covarruv.ad c.quamvis.3.part.§.1.num.2.de pact.in 6.* in eo Baldum reprehendunt, dicentes, malè fecisse Baldum, quod hoc prædictis locis asseruit, secus atque antè, *in d.l.si quando,§.illud.& in c.cum M.Ferrariensis.extr.de constitut.numer.1.* docuisset, & quod contra hoc dictum Baldi *in d.l.2 & d.§.cum antiquitas.* plurimi alii tenuerunt, imò quod legitima augeatur, ac supplementum peti possit *per d.leg.si quid.§.illud.* affirmant Baldus *Novell.de dot.part.6.privileg.15 Fernand.Vasq.de success.creatio.§.10.num.462.& Johan.Petr.Surd.consilio 128.num.12.* qui ex Vivio *libr.1.commun.opin.concl.* 200. testatur hanc esse magis communem, secundum quam judicatum fit: qui ideò etiam Curtii *consilio ult.* à Modestino Pistore *d.consilio 2.* allegatum refutat, Sed & Zasius *ad l.stipulatio hoc modo,num.25.26.27.ff.de verborum obligatio.* Butrigarii sententiam quam Angelo tribuit, appellat insignem errorem, & eam non esse veram, & cum Jasone *ad d.authen,novissima.* falsam eam esse dicit. Et quamvis vera esset Butrigarii, Baldi & Curtii sententia, tamen vel ideò hic non procederet, quod neque statutum, neque actores eorumque parens à dispositione juris communis hac in parte aperte discesserunt. Sed Baldi, Butrig & Curtii sententia ita demùm locum habere potest, si voluntariè discessissent à juris communis dispositione: ut inquit Johan. Petr. Surd. *d.cons.128.n 12,versi.secundò respondeo:* quia provisio hominis facit cessare ꝓvisionē legis, *l.fin.C.de pact.conv.super dot.l.& habet.§.cum quis.ibi gl.ff.de precar.*

Octavi ideò nulla consequentia est, quod Senatus non intuitu statuti, sed in fidem rei gestæ
182 transactioni illi sigillum suū apposuit. Actus † aūt agentium, non operantur ultra eorum intentionem, *l.non omnis.ff.de reb.cred.si cert.pet.ibi Dd, Parif.conf.118.n.11.vol.4.Wesemb.conf.52.n.48.* Sic nec ullum decretum senatus super hac transactione & exclusione interpositum est: quia nullis corporeis oculis in hoc instrumento hoc decretum legitur, nec etiam interpositum esse præsumendū est, ut ideò res judicata hic nulla allegari pos-
183 sit. Judex † nemini, nisi imploranti officium suū impertit, *l.4.§.hoc autem iudicium.ff.de dam.infect.Marc.Mant.singul.336.n 3.* & stultus censetur, qui aliter & de alio pronunciat, quam à partib. petitum est. *Sebast.Vant.de nullitat.process.tit de nullit.ex defect.process.ac form.ipsius sent.n.97.Jason ad l.vinū.nu.23.ff.de reb.credit.si cert.pet.Menoch.cons 199.n.33* Sed etsi decretum quoddam intercessisset, hoc tamen duntaxat super transactione factum non plus approbasset, quam instrumento illo descriptū est. *per d.l.nō omnis.cū simil.* Descriptum aūt in eo nihil est de intellectu huius statuti, nihil de liberorum exclusione à futura patris sui successione, nihil de legitima ex patris viventis substantia accepta, nihil de eo, quod paternæ hereditati futuræ renunciatū sit. Ideoq; decretū magistratus, ꝙ secundū alterius partis præsumptionem prætenditur, intercessisse, huc extendi non posset.
Instrumēta n. stricti sunt † juris; nec ultra id quod 184
verbis expressum est, debent extendi, *l.iubemus.C.ad S C.Velleian.Bal.ad l.interest.C de solut.& ad l.lecta.in 2.oppos.ff de reb.credit.si cert.pet.l.ult.C.de fals.caus.adiecta l.si de certa.ubi Jason C.de transact.c.per honorabilem.ext.de elect.Wesemb.consil.52.nu 42 & 44 cons.15.n.7.Rol.à Vall.cons.39.n 5.vol.1.* Ideoque cum tantum illud testetur, quod vice divisionis ex statuto faciendæ transactum sit, ultra hoc etiā nihil decretum esse probabit.

Quod deniq; de duplici jure reorū adfertur, facilè quidē conceditur; hoc tamen moderamine adhibito: nempe semissem unū, quem paternam hereditatem esse oportet, teneri reos cū actorib. pro virili dividere; alterum semissem, veluti maternam hereditatem, solos retinere: idq; secundum verū statuti sensum, de quo hactenus. Quæ etiā in conclusionib. circa finem annectuntur, ex superiorib. interpretationem recipiunt. Et certè cōmunionem omnium bonorū constante matrimonio non videmus in controversiā vocari. Esse aūt huius communionis hanc vim, ut soluto matrimonio liberi priores accepta parte dimidia, sint vi statuti M. à futura superstitis parētis here-
ditate exclusi, non conceditur. Ex his nuptiis, † ex 185
quib. bona cœperunt esse cōmunia, si proles non superfit, alterū alteri præmorienti, reliquis agnatis omnib. exclusis, in solidum succedere, quod dicitur. Verum quidem esse potest, quoad defuncti defunctæve agnatos & cognatos collaterales: at non item, si defuncto, vel defunctæ supersint liberi. & sic heredes descendentes iam olim ex alia uxore vel marito nati, *propter l.1.l.2.& tot.tit.C.de inoffic.don.l.1.l.4.ff.ad SC.Tertull.Novell.118.cap.1.* præsertim cū nec de eo quidquā in statuto disertè mutatum sit. Proinde, nō negatur, posse superstitem totū semissem, quē retinet, secundis nuptiis inferre: at quod ab eo & postea quæsitis primi matrimonii liberi debeant, esse penitus exclusi, verū esse non creditur, statuto ea de re nullū verbum faciente: ut ideò *d.l.minimè.23.ff.de legib.* hic quoq; locū non inveniat, nullo eius interpretationis exemplo apparente. Neq; etiam continuò consequens est, potest hanc rem, vel totū hoc patrimoniū novo inferre matrimonio: Ergo ab eo penitus liberi priores excludūtur: alioquin & jure cōmuni eo casu, quo parens superstes ad secūdas nuptias abiens, omnia sua bona matrimonio infert, in dotē dando, aut propter nuptias donādo, priores liberi parenti heredes non fient; contra quam *in l fœminæ.l.cum alius.l.hac edictali.& seqq.C.de secun.nup.* constitutū est. Pari modo, si reorū mater supervixisset, & secūdas nuptias contraxisset, eisque totum semissem in solidum intulisset, an propterea rei cum uterinis suis defuncta matre non potuissent ad maternam hereditatem adspirare. Statutum equidem eos non repellit, neq; ipsimet hoc iam dicunt: ergò nec nos dicemus. Et quamvis se repelli statuto dicerent, tamen hoc actorib. nullum præiudiciū generaret,
cum

186 cum quisq; † quod suum est, non quod alterius, repudiare vel donare, aut confitendo sibi præripere possit, *per l.pen. C. de pact. d.l. in re mandata. C. mand. §. fin. Instit. de donat. cum similibus.* Atque hæc de statuto.

II. De Renunciatione.

Videndum nunc est de renunciatione, circa quam non minus vehementer digladiantur. Sed breviùs. Et certè prima fronte dicendum videtur per prædictam renunciationem actores perpetuò & in omnem æternitatem à paterna successione exclusos esse, sola quantitate illa salva, quam ex transactione anno 1574. celebrata, *veluti legitimam habent*, salvisq; iis, quæ augendæ legitimæ causa proximis annis liberis suis prioribus pater voluntariè donavit.

187 Nam † indubitati juris est, pacta servanda esse, *l. 1. ff. de pactis.* cum grave sit fidem fallere, *leg. 1. ff. de constit. pecun. l. generaliter. C. de non num. pecun. Tiber. Decian. respon. 4. num. 7. volum. 1. respon. 29. nu. 7. vol. 2.* præsertim quæ transactionis causa fiunt, & stipulatione firmata sunt, *d. l. pacto. 15. l. 2. l. non est ferendus 12. l. pacto. 15. l. pen. ff. de transaction. l. 4. l. fratris. l. si pro fundo. C. de transact.* Causas enim vel lites transactione finitas, ne quidem Imperiali rescripto resuscitare licet, *l. causas 16. C. eod.* neque minorem autoritatem transactionum, quam rerum judicatarum esse recta ratione placuit: siquidem nihil ita fidei congruit humanæ, quàm ea, quæ placuerunt, custodiri, *l. non minorem, C. eod.* Transactum autem est 22. Januarii anni 1574. inter actores eorumque tutores, ex una, & patrem eorum P. W, ex parte altera, ut certa quantitate bonorũ paternorum ac maternorum accepta, in perpetuum bonis paternis maternisq; desisterent, neque amplius quid peterent. Quod autem de eo transactum sit, apertè hæc instrumenti verba ostendunt, mit einander endtlich vnd zum grunde verglichen vnd vertragen hetten/ꝛc. nemblich vnd also/ꝛc. Item zu ewigen tagen abgescheiden/ abgetheilt vnd außgeschlossen seyn vnd bleiben solten vnd wolten.

Servanda ergò est hæc transactio, neq; lis vel causa semel sopita resuscitanda.

188 Deinde † jura sua renunciantibus non datur regressus. *leg. quæritur. §. si venditor. ff. de ædil. edict. leg. Herennius. ff. de evictio. c. quam periculosum. 7. q. 1. Tiber. Decian. respon. 29. num. 72. volum. 2. Johan. Vincent. Honded. consil. 29. num. 5. vol. 1. Joh. Petr. Surd. consilio 152. num. 5. consil. 183. num. 20. Franc. Viu. decis. 316. num. 2. & 3.*

At præterquam quod de paterna non minus quàm de materna hereditate prædicto modo cum patre transegerunt, insuper etiam eidem (ut in §. Wie dann darauff die benante Vormünder solche güter/ etc. verb. In der Person die Stadtrechtliche verzicht vnd verlassung gethan haben/ꝛc videre est) renunciaverunt ita, ut accepta in instrumento designata summa in æternum abscissi, separati & exclusi esse velint ac debeant. Damit aber davon zu ewigen tagen abgescheiden/ abgetheilet vnd außgeschlossen seyn vnd bleiben solten vnd wolten. Et quod hæc renunciatio patri facta sit, non solum de bonis maternis, sed etiam paternis: convincitur primò ex eo, quod ab initio dicitur, nach gelegenheit seiner Haabnuß/ sich der Kinder abscheidts/ ꝛc. Quid † suum appellare potuit, nisi quod jure dominii vel quasi eius erat? seu quod in dominio ac patrimonio suo habebat? *per leg. cum sua. 71. l. sequ. l. suos autem servos. 73. ff. de legat. 3.* Et quid aliud Haab/ quàm quæ quisque jure patrimonii habet ac possidet? Id enim propriè habere dicimur, *l. stipulatio ista. §. habere. ibi Doctores. ff. de verborum obligationib.* Et paulò post: Aus seinem Erb/ Haab vnd gütern. Quæ quid aliud sunt, quàm hereditariè possessa bona? Quod prolixiùs patet ex §. ferner Bekandten beyde Partheyen/ vers. aus dem sämbtlichem gute. Quo loco profertur sambtlich gut/ de universa possessione, quam tempore transactionis illius novi conjuges, P W. & L C. tenebant cuiuscunque rei esset, & undecunque quæsita. De his communib. bonis possessis, ut transactum est, ita & renunciatio facta. 189

Deinde hoc vel inde constat, quod in §. Weil dann noch die vierdte/ in fine disponitur, si A. quarta filia moriatur, tum sex imperiales annuos redire debere ad bona patris & novercæ, Vnd an das Gut dem Vatter vnd Stieffmutter zum besten wieder verfallen seyn. Rursum ex eo, quod in §. die 200 Thaler. ꝛc. pro hac pecuniæ summa per transactionem assignata hypothecæ loco obligantur actorib. omnia bona patris P W. eiusq; uxoris L C. his verbis: bemelte Mündlins in die sämbtliche Haab vnnd güter der Eltern/ nichts außgeschlossen/ verwahret vnd versichert. Idem & ex eo patet, quod in §. die Zweyhundert Thaler/ cavetur, si unus vel plures ex liberis prioribus illis absque herede descendente decedat, nihil ad patrem redire debeat, sed quod soli hi germani fratres ac sorores invicem sibi in hac pecuniæ summa succedent, contra quam *in Novell. 118. cap. 2. & authen. defuncto. C. ad Senatuscons. Tertullian.* cautum est. Regressum ergo nullum ad hanc hereditatem habebunt, *leg. qui actionem. C. qui accusare non possunt. l. quod defecit. ad Senatusconsultum Turpillian. l. si maritus. § si negavit. ff. ad leg. Julian. de adulter. Decius consil. 389. num. 10. Matth. de Afflict. decis. 22.*

Præterea † renunciatio censetur in dubio facta contemplatione illius, cui fit, *ut inquit Castren. in leg. planè. § si duobus. num. 9. ff. de legat. 1. Alexand. consil. 149. num. 5. volum. 7. Nicol. Boer. decision. 184. prope ad fin. Francisc. Vivius decision. 316. num. 8.* & in commodum omnium suorum heredum, *Johan. Petr. Surd. cons. 244. num. 13.* Si enim filia renunciet patri, omnibusque eius filiis, sive ex primo, sive ex secundo, sive tertio matrimonio nati sint, ut quamvis ad eos non spectet, velut renunciantis fratres, vel paciscentis filios, spectet tamen ad eos, tanquam ad heredes patris, *Bald. ad l. pactum dotale. quæstion. 8. C. de collat. Castrens. ad leg. 1. §. inde. Neratius. ff. ad Senatusconsult. Trebellian. & consil. 152. num. 2. versic. breviter his non obstantibus. versic. si verò dictus pater. volum. 1. Paris. cons. 26. num. 27. & sequenti nu. 31. vol. 3.* Pactum † enim & renunciatio alicui facta, etiamsi nulla heredis mentio facta sit, prodesse tamen debet non solum, cui promissum renunciatumve est, sed & heredibus eius, cum quisq; sibi suisq; heredib. cavere voluisse præsumatur, *l. si pactum. ff. de probat. l. tale pactũ. l. & heredi. ff. de pact.* 190 191

de pact. Jacob. *Menoch. conf.* 197. *num.*72. ubi ait, in
specie renunciationis hoc tradidisse Decium, *in l.*
*si actionem. num.*3. *C. de transact.* & *Jason. consil.* 217.
*lib.*2. Idemq; vult Paris. *d. cons.* 26. *nu.* 27. *vol.* 3. ubi
num. 31. addit, quando pater stipulatur à filio re-
nunciationem pro se & suis, quod tunc illam sti-
pulatur ad commodū suæ hereditatis, & omniū
heredum, ita ut portio illa renunciata augeat to-
tā hereditatem paternam, & dicatur cedere ad
commodum patris & successivè omnium suorū
heredum, & illis omnibus adcrescere, *ut dicit So-*
cin. cons. 34. *n.* 6. *volum.* 4. *Alexand. consil.* 149. *nu.* 5.
vol. 7. Et de filia renunciante post Aret. *cōs.* 17. *n.* 8.
vers. item prohibetur idem Paris. d. cons. 26. *n.* 35. *itemq;*
Menoch d. cons. 197. *n.* 76. respondent, nempè, non
posse eam succedere patri ab intestato, quando
exstat aliquis ex descendentib. ipsius patris.

192 Quod † inprimis ex eo etiā relucet, quod pa-
ter non minus ex posteriore matrimonio, quàm
ex primo natos sibi liberos eadem affectione pa-
terna amare creditur, *l. cum pater.* §. *evictis. ff. de legat.*
2. *Bald. in l.* 1. *in* 2. *not. C. de pact.* Cum utrobiq; idē
sit affectus, quem nullus vincit, paternus, *l. fin. C.*
de curat. furios. Aym. Crav. consil. 42. *n.* 1. *ver. sed præ*
sumpta & verisimilis mens & intentio est. ubi vult, si
pater a filia renūciationem stipuletur, quod hoc
intelligatur fecisse, non tantum pro jam natis, sed
etiam nascituris: quod & Corneus *cons.* 291. *n.* 6.
vol. 4. probat: Cui valdè adstipulatur responsum
J C. Ulpiani *in l. placet.* 4. *ff. de liber. & posthum.* Pla-
cet, inquit, omnem masculum posse posthumum
heredē scribere, sive jam maritus sit (qui scribit)
sive nondū uxorem duxerit. Nam & maritus re-
pudiare uxorem potest, & qui nō duxit uxorem,
postea maritus effici: Nam & cum maritus post-
humum heredem scribit, non utiq; is solus post-
humus scriptus videtur, qui ex ea, quā habet uxo-
rem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est, verū
is quoq;, qui ex quacunq; uxore nascitur.

193 Et quamvis † Menoch *cons.* 6. *n.* 10. non credat
præsumendū esse, patrem ita diligere posthumos
nasciturus, sicuti iam natos, *per l. qui filiab. ff. de le-*
gat. 1. *Alex. in l.* 1. § *si quis proximior. ff. unde cognati.*
copiose Cravet. cons. 77. *n.* 12 & *cons.* 173. *n.* 11. Tamen
hęc pręsumtio sola non est, cur & nascituris cen-
seatur stipulatus, sed præterea, quod heredes sint
& verisimilis eius mens sit, quod omnib. suis he-
redib. tàm futuris, quàm iam natis, cautū esse ve-
194 lit, quodq; † heredum appellatione veniant non
minus posthumi nascituri, quàm iam nati, *l.* 9. *l. si*
posthumus. 14. *l. cum posthumus.* 22. *l. Gallus. ff. de liber.*
& posth. l. 3. *l. posthumorū. ff. de iniust. rupt. irrit. test. d. l.*
1. § *sciendū. ver. nam dicendum erit. l.* 7. § *utiq; l.* 6. *in fi.*
& ll seqq. ff. de suis & legitimis. Paris. d. cons. 26. *nu.* 27.
28. 29. ut sic renunciantē excludant, *secundū Aret.*
d. cons. 17. *n.* 10. *ver. item nec prohibetur. Menoc. cons.* 335
& d. cons 197. *n.* 76. 77. *Crav. d. cons.* 42. *n.* 1. *in fin. n.* 2. 3.

Cum itaque hæc renunciatio patri non minus
quàm novercæ facta sit, non solùm ea proderit, si
qui nati fuissent ex secunda uxore L. C. sed & his
qui ex tertio matrimonio, A. G. nati sunt: quia
patri heredes exstiterunt. Hoc porrò prægnantia
renunciationis verba, dannit aber davon zu ewigē
tagen abgescheiden / abgetheilt / & in principio,
endlich vnd zum grunde / urgere videntur. Vox n
195 davon † refert se ad eam hereditatem, ex qua as-
signatam summam habere debent. Ea autem nō
tantum est materna, sed & paterna, tum propter
statutū M. quod rei putant iubere legitimā libe-
ris priorib. à vivo patre solvi, tum per verba suprà
recitata ex ipsa transactione, ad quam se hæc vox,
davon / refert. Atq; ita quàndo dicunt, davon / pe-
rinde est, ac si dixissent, ab omnib. omninò bonis
communiter à nobis novis coniugib. hodiè pos-
sessis, omniq; hereditate nostra. Nam † relatio ad 196
omnia præcedentia trahenda est, ubi non appa-
ret diversitatis ratio, cur ad unum magis quàm ad
aliud tacitæ derogationis vel dispensationis extē-
sio fieri debeat, *Aym. Cravet. cons.* 958. *n.* 30. *per l.* 3.
§. *filius autem. ff. de liber. & posthum. l. talis scriptura. in*
fin. l. si tibi purè. ff. de legat. 1. *leg. Aurelius.* § *testator. ff. de*
liberat. leg. l. fin. ibi Bartol ff. de reb. dubiis idem Cravett.
cons. 584. *n.* 7. *cons.* 623. *nu.* 6. *cons.* 788 *n.* 1. pertinet-
que ad omnia præcedentia, de quib. dictum est,
Aym. Cravet. cons. 333. *n.* 1. & quidem principaliter,
non autem enunciativè vel incidenter, *Cravetta*
cons. 805. *num.* 9. nisi relatio apertè fiat ad omnia
& singula, *ut cons.* 668. *nu.* 11. *vers. non alienum ab his,*
& cons. 603. *n.* 8. idem Cravet. declarat. Hæc autem
relatio davon / ad omnia & singula præcedentia
determinata facta est. Qui † autem omne dicit, 197
nihil excludit, *l. omnia. ff. de reb. credit. si cert. petatur. l.*
Julianus. ff. de legat. 3. *l. à procuratore. C. mandati. leg. si*
plurib. ff. de legat. 2. *c. solita. extr. de maior. & obed. c. si*
Romanorū. dist. 19. universalisq; † clausula trahitur 198
ad insolita & casum improprium, *ut docuit gl. in l.* 2
verb. alias. C. de quadrien. præscript. Jas. in l. 1. §. *nuncia-*
tio. ff. de oper. novi nunciat. Bartol ad l. 2 *ff. de novat. arg.*
l. tres fratres. ff de pact. l. sub prætextu. C. de transact. l. qui
iure militari. ibi Angel. ff de milit. testam. Sed † & vox 199
zun ewigen tagen / universalis est, & renunc antē
omni tēpore, quo ad se successio pervenire pos-
sit, excludit, uti contra non renunciantes inclu-
dit semper & in infinitum omni casu *per l fin. C. de*
suis & legit. Bald. in l. voluntas. C de fideicommiss. Tiber.
Decian. respon. 50. *num.* 18. *volum.* 1. *Menoch. cons.* 197.
num. 64. ut nisi de omnimoda exclusione intelli-
gatur, non posset in proprio suo significatu po-
sita videri, neque effectum suum sortiri, cum
temporali exclusioni opponatur, *secundum Dd. in*
c. quintiam. Episc. Abb. & c. 1. *de eo, qui sibi & hered. suis*
mansi. per illum text.

Idem † jmportant hæc verba: endlich vnd zum 200
grunde / *finaliter & ex fundamento*: Nam si ad pa-
ternam successionem rursum admitti deberent,
non essent finaliter & ex fundamento exclusi, sed
ad tempus: Quod cū verborum pugnat proprie-
tate. Verbis a. quantùvis generalib. standum est,
cum nemo præsumatur aliud voluisse, quam lo-
cutus est. *l. Labeo.* 7. *vers. equidem non arbitror. ff. de su-*
pel. leg. Geminatio † itemq; harum vocum univer- 201
salium, endlich vnd zum grunde / davon zu ewigen
tagen / exuberantiorem, magisq; enixam volunta-
tem cum patris tum liberorū renunciantiū pro-
bat Bar. *in proœm, D. per l.* 1. § *fin. ff. quod quisq; iur. in*
alium statu. Nicol. Eberhard. in loco à vi gemina. Paris.
cons. 10. *n.* 57. *cons.* 32. *n.* 52. *cons* 131. *n.* 1. *vol.* 1. *Tib. Dec.*
respon. 2. *n.* 157. *resp.* 12. *n.* 41. *resp.* 50. *n.* 20. *vol.* 1. & effi-
caciorē actū reddit, fungiturq; loco specialis ex-
pressionis. *Paris. cōs.* 9. *a. n.* 20. *vol.* 3. *cōs.* 94. *n* 38. *vol.* 2.

Portio illa data eis est pro legitimā zu jhrem ge-
bührlichē Kindtlichē Abscheidt: idq; ex variis ver-
bis transf.

bis transactionis colligitur; veluti in § daß sie dan heut dato: verb. der Kinder gebührenden Abscheits vnd Erbtheils halb verb. jeden Kindes legitima verb als jhren gebührenden legitimam. At quan-
202 do liberi accepta † legitima renuntiant, prorsus nullũ habet regressum ne quidem ad petitioné supplemẽti legitimæ, modo secundũ vires patrimonii, quæ tempore renuntiationis erant, sufficienter sint dotatæ, vel legitima provisæ, *Georg. Natta. ad.c. quamvis nu.* 5.6.7. & 8. *de pact.6. Parif. consil.27.nu.42. verf. etiam clausula. vol.2. Castrens. ad l. si quando. § generaliter C. de inoffic. testam. Bald. in d l.2. C. de reuocand. his, quæ in fraudem credit. d.l. fin. §. Et cum antiquitas. col. pen. C de usur. rei iudic. Roderi. Zuare. in repetit l. quoniam in priorib. C. de inoffic. testã. Michael Crass. lib. sentent.* 5. *§. legitima qu.13. Verf. contrariã vero partem. And. Tiraq. ad l. si vnquã in pr. n.139 C. de revoc. donat. Didac. Covarr. ad d.c. quamvis. part.* 3. *§.3. nu.3. Menocb. consil 6. nu.9. v. & in specie.* ubi & in specie inquir, verior & receptior est illa opinio, filiam ita exclusam, nullam legitimam post mortem patris consequi posse: cum eam iam consequuta sit, allegans Ripam, Tiraquellũ & Didac. Covarrov. quos dicit testari hanc communem esse: cui etiam accedit testimonium Emanuel. Soarez *in thesauro recept. sentent. ver legitima nu.73.*

203 Quod † adeò verum esse censetur, ut ne quidem jure canonico necesse sit hanc renunciationem filii vel filiæ iureiurando esse roboratam, cum tale pactum filii filiæve renunciantium patri, à quo tantum accepit, quantum sua est legitima, factum, censeatur jure etiam civili firmum esse, *secundum Dd. in d.c quamvis. de pact. 6. per leg. 1. §. si parens. ff. si quis à parente manumiss.* quam communem esse opinionem testatur Phil. Franc. *n,6.* & Georg. Natta *nu 5 in d.c. quamvis.*

Est itaque hæc renunciatio facta secundum civitatis M. mores ut instrumentum habet; Die Stadtrechtliche Verzicht vnd Verlassung ge-
204 than haben / rc. Pro † instrumento aũt publico præsumptio est, omnia in eo scripta solenniter acta esse, *§. fin. Instit. de fideiussorib. §. si scriptum. ubi interpp. Instit. de inutil. stipul. l. optimum. Instit. de contrah. & commit stipulat. l. sciendum. D. de verbor. obli-*
205 *gat.* Nec dubium est, lege † introduci posse, ut renunciatio aliqua valeat absque ulla solennitate, vel jureiurando, *argumen. l. fin. C. de pact.* Igitur idem statuto, *per d. l omnes populi. ff. de iust. & iur.* vel consuetudine, *l. de quib. D. de legib. l.1. l.2. C. quæ sit longa consuet.* introduci potest, *Jason. num. 24. Alciat. num. 66 & 67. Johan. Bologn. num. 105. ad l. fin. C. de pact. Zasius num. 38. ad l. stipulatio hoc modo concepta. ff. de verborum obligat. Bald. num. 3. Jason. num. 4. ad leg. 3. C. de pact. c. filii nati. ibi Dd. si de feud. defuncti conten. & c.1. de filiis natis ex matr. ad morga. contract.*

206 Quod † si etiam provisione hominis hoc curari potest, ut valeat renunciatio aliàs lege interdicta, intercedente jurisiurandi religione, *d. cap. quamvis. de pact. 6.* multò magis potest hoc provideri per statutum vel consuetudinem, *Bart. ad l.1. §. si pater. ff. de coniungend. cum emancip Mynf. resp. 50. num. 11. Andr. Tiraquell. de iure primog. in prin. quæst. 6. & 55. num. 14. & seqq.* Cum itaque in hoc instrumento scriptum sit iuxta mores civitatis illius, per tutores renunciatum esse, credendum est, eam satis solemnem ac firmam esse. Neq; probabile est, † senatum appendisse suum sigillum, 207
si iuxta civitatis mores non satis solemniter & formaliter renunciatum fuisset *argumen. gl. in leg. Titio fundus. ff. de condit. & demonstrat. leg. cum pater. §. ergo. ff. de legat. 2. cap. dudum. extr. de præsumpt.*

Denique filius natu maior patri specialiter cedendo repudiavit renunciavitque (Verlassung vnd Verzicht gethan) apud Acta anno 1591. ædes, hortum, & omnia bona, quæ ædes sequuntur. Sed & soluta donatione propter nuptias, solutoque pro eo debito, patri quictationem fecit. Idem etiam reliqui liberi fecere iam maiores facti: atque ita quod tutores eorum gessere, maiores ratum habuere, *Tib. Decian. Respon. nu. 61. volum. 1.* eaque geminatio renunciationis tantò magis eis obstat, *secundum Alexandr. ad l. Balista. ff. ad Senatusconf. Trebell. Decium, conf. 38. num. 2. versic. quartò quia cum similibus.* præsertim cum ex intervallo geminata sit, *argum. l. 2. C. de his quæ vi metuvé causa.*

Cæterum his non attentis, magis est, ut dicamus renunciationem actoribus non obesse.

Non enim præsumitur in dubio † superstitis 208
hereditati renunciatum esse: quia propriè eius nulla est hereditas, *l. qui superstitis. ff. de acquir. heredit.* Unde nec in dubio renunciatio generaliter alicui facta, ad viventis hereditatem extenditur: tum quod facti est, & species quædam donationis, quæ & aliàs non præsumenda, Josep. Mascar. *de probat. volum. 3. concl. 1263.* strictique iuris: ideoque semper interpretanda, ut non credatur facta, minusque renuncianti noceat, quam fieri potest, *Paris. consil. 110. num. 96. volum. 1. Mascard. d. conclusion. 1263. num. 3. & 4. per l. cum de indebito. ff. de probat. l. g tres fratres. ff. de pact. l. mater ff de inoffic. testamen. c. quia circa extr. de inoffic. testamen. cap. quia circa. extr. de privileg. cap. super hoc. extr. de renunciat. Joseph. Ludovic. decision. Lucen. 5. num. 66. Johan. Vincent. Honded. consf 29. num. 93. & 94. volum. 1.* tum etiam quod ad jura † de futuro non perti- 209
neat, sed restringatur ad caussam de præsenti, *leg quod Servius. ibi annotat à gloss. & Dd. ff. de condict. caussa data. l. Paulo Calimacho. §. 1. ff. de legat 3. Corne. conf. 45. num. 1. volum. 1. consil. 55. num. 31. volum. 3.* nisi aliud nominatim & disertis verbis expressum sit, *Johan. Vincent. Honded. conf. 63. num. 88. volum. 1. Johan. Petr. Surd. consil. 267 num. 15.* aut nulla alia causa subsit, ad quam referri possit, *Bald. ad l. qui Romæ. §. duo fratres. ff. de verborum obligat. Simon. de Pratis de interpret. ultim. voluntat. libr. 4. dubit. 10. num. 88. circa medium. Johan Vincent. Honded. d. consilio 63. num. 88. & sequentib.* adeò ut cum Curtio juniore *consil. 23. in princip.* Francisc. Vivius concedat renunciationem adeò strictè intelligendam esse, ut quamprimum aliquid operata sit, nihil amplius operari debeat, pro quo & Riminald. junior, *consil. 484. incip. Anno, num. 33. & seq. volum. 5.* allegat, quibus etiam Joseph. Mascard. *d. conclus. 263. num. 5.* subscribit. Et consequenter, cum ipsa renunciatio stricti juris sit, in ea non veniunt, nisi expressa, *Aymon Cravett. consil. 272. num. 7. Francisc. Viv. d. decision. 316. num. 19.* Et renunciatio quoad unum, non præjudicat, quo ad alterum, *Tiber. Decian. respon. 7. num. 75. volum. 3.* Hic autem in dubio versamur, cum nulla

nulla vox exstet in hac transactione & renunciatione, quæ hoc probet, quod actorum tutores nomine suorum pupillorum voluerunt futuræ successioni paternæ, & sic juri de futuro formando renunciatum esse: contra quam respondit Tib. Dec. *Resp.37.nu.109.vol.1.* Et quæ verba suprà ex instrumento sunt adducta, ex præsenti & tunc temporis, cum renunciatio fieret, formato & in effectum producto jure operationem suam habent, adeoq; hæc renunciatio semel operata est, nempe quoad maternam hereditatem tum temporis delatam, cuius gratia ex statuto non transigere cum liberis pater debebat, sed dividere, eisque semissem omnium bonorum, veluti maternam substantiã assignare, ut suprà in declaratione statuti claruit. Huius vice selegit hanc transactionem, cui necessariò hæc cohærebat renũciatio, per Aquilianam stipulationem & acceptilationem: alioqui P W. se à petitione hereditatis illius liberare non potuisset. Cum itaque de præsenti satis ardua tunc causa fuerit, & sic alia causa præexstiterit, ad quam referri & potest & debet, utiq; non potest dari hoc casu hæc extensio adeò odiosa ad futuram patris successionem. Quod autem non de futura aliqua, eaque deferenda, sed præsenti & delata hereditate P W, eiusque secũda uxor L C. cum liberis & privignis suis transigere voluerunt, evidenter ex proœmio & causa finali eius transactionis patet. Nam in proœmio dicitur, & pro causa assignatur, quod cum P. W. defuncta priore uxore sua, ex qua sex liberos susceпisset, nuper lectum vidualem, ducta uxore secunda, mutasset sein Bette geändert/ꝛc. & sex tutores liberis suis dari curasset, hodie de quota & portione hereditaria liberorũ transegerint, &c. daß sie dañ heut dato nach gelegenheit seiner haabnuß/sich der Kinder gebührenden Abscheidts vnd Erbtheils halb/folgender gestalt mit einander entlich vnd zum grund verglichen vnd vertragen.
210 Proœmiũ enim finalẽ † contractus causam, qualitatem & quantitatem exprimere censetur, *l. ut liberi. C. de collation. ibi Bald. Panormitan. ad c. adversus ext. de immun. Ecclesf. per l. fin. ibi Bart. & Imol. ff. de hered. instit. Lanfranc. de Orian ad c. quoniam. in princip. ext. de probat. Phil. Franc. ad c. quoniam. de immunit. eccles. 6. Andr. Tiraquell. de causs. cessan. limit. 1. num. 64. & 65. Johan. Vincent. Honded. cons. 48. nu. 15. volum. 1. Mynsing. resp. 10. nu. 46.*

Caussa autem hic assignatur, mutatio lecti vidualis. Huius effectus est, ut si velit, pater vigore statuti Mindensis, communia sua cum liberis bona dividat, & semissem, veluti substantiam maternam eis assignet, ut supra vidimus. Hic eis recessus, hæc hereditas eis debita erat. Ideo de ea tantum transegerunt, ut liberi competentem habeant quantitatem, & pater eiusque uxor secunda essent quieti, & à quæstione divisionis faciendę immunes. Materiam itemque circa quam sive subiectum hoc proœmium exponit, nempè Abscheidts vnd Erbtheils halben. Non aũt erat tũ temporis hereditas paterna, *d. leg. qui superstitis, cum similibus.* Neque portio aliqua à patre ex propriis suis bonis, sed ex communibus, portio materna liberis debita, per supra deducta. De hac ergo, non de quota paternæ successionis transactum est. Appellatur der Kinder gebührender Abscheidt vnd Erbtheil/& ita de iure iam eis quæsito, non quærendo transactio suscepta est. Paterna autem successio tum temporis nondum erat actoribus quæsita, ergo de ea transactum videri non potest. Sequitur deinde, Daß anfencklich der Mutter seligen Geräthe den vier Töchtern angefallen / quod de paterna tum temporis dici non potuit. Et cum his statim connectitur illa clausula, vnd ob eins jeden Kinds legitima, kindtlicher gebührender Abscheidt / Erb: vnd Antheil/ nach Anschlag deß halben guts: ut dubitare non liceat, de cujus Gerada in proximè præcedentibus actum sit, de eiusdem etiam hereditate, ut ex ea legitimam habeant, in his sequentibus actum esse. Actum autem est de Gerada à matre proveniente, der Mutter seligen Geräthe/den vier Töchtern angefallen/ꝛc. Ergo & de hereditate à matre proveniente, ex qua filiæ præter Geradam, nec non filii legitimam suam habere debebant, actum esse necesse est. Idque ex sequenti clausula; hette doch der Vatter/ꝛc. liquidiùs apparet, quando Geradam cum legitima singulorum filiarum filiorumque coniungit, & ad certam æstimationem revocat, eamque vice Geradæ & legitimæ hereditatis sive portionis. an statt deß kindtlichen Erbtheils / liberis promittit.

Cum itaque de eo tantum hæc renunciatio facta sit, de quo & transactum est: Transactum autem tantum sit de hereditate materna, utique etiam huic tantum, nõ etiam paternæ, quæ nondum delata erat, renunciatum intelligitur.

Quod † tantò magis statuendum est, quia facilius hereditas iam delata, quam futura repudiatur. *per d. leg. qui superstitu. leg. si potest. ff. de acquiren. heredit.* & in dubio id, quod minimum est, sequimur, *leg. semper in obscuris. 9 ibi notat. à Doctorib. Bartol. Decio, Cagnolo, Christoph. Sturzio ff. de regul. iur. cum similibus. Francisc. Viv. d. decis. 316. n. 16.* Nec etiam renunciatio, quæ de bonis maternis intercessit, se ad paterna, ut nec contrà extendit, *Corneus consil. 147. num. 1. & seq. vol. 4.* Quia ultra renunciantiũ intentionem nihil operatur, *Franc. Viv. d. decis. 316. nu. 16.* 211

In confesso & illud est, † hanc renũciationem factam esse absque iuramento. Futuræ autem hereditati frustrà fit renunciatio, absque iuramento. Nam non solum iure civili, sed & canonico, pactum de non succedendo, sive renunciativum improbatur, idque de jure civili omni caret dubio, *per leg. 3. C. de collation l. fin. C. de suis & legit. l. licet. 19. leg. fin. C. de pact. Matth. de Afflict ad c. 1. num. 16. de feud. dat in vic. leg. commiss Francisc. Sonsbec. de feud. part. 9. num. 54. Bartholom. Socin. Regul. 347.* adeò, ut ne quidem jurejurando confirmetur, *l. non dubium. C. de legib.* 212

Sed & jure canonico non subsistere, nisi jurejurando corroboratum sit, *per d. cap. quamvis, 6.* probat ibidem Georg. Natta *num. 88. post gloss. & alios,* quia facultas † succedendi juris est publici, *leg. 3. ff. qui testamen. fac. poss.* quod privatorum pactis non mutatur, *l. jus publicum, ff. de pact.* neque datur *l. hereditas. C. de pact. conven. tam super dot.* & cum † naturali instinctu liberis paterna hereditas debeatur, *leg. nam etsi parentib. D. de inoffic. testamen. l. scripto. in fin D. si tab. testam. null. exst. l. cum ratio. D. de bonis damnat.* Jura autem naturalia 213 214

ſint immutabilia, *l. eas cauſas. ff. de capite min. §. ſed naturalia, Inſtit. de iure natur. gent. & civili.* Utique nec
pactis immutari hoc naturale debitum debet, niſi major accedat religionis auctoritas, *per d. cap.*
215 *quamvis, ibi Georg. Natta num. 15.* Nam † tunc demum hoc pactum, quod civili & naturali ratione
obeſſe non debebat, propter ſanctimoniam & religionem jurisjurandi, omninò vires habet, cũ
poſſit abſque detrimento æternæ ſalutis, ſervari; nec ſit contra bonos mores juris gentium ſeu
naturæ, ſed tantummodo contra bonos mores civiles, *Georg. Natta d. nu. 15. Hotoman. conſi. 8. nu. 1.
Dauth. ad d. c. quamvis. n. 19. & 20.*

216 Etſi † verò non negetur, poſſe ſtatuto vel conſuetudine hoc introduci, ut renunciationes futurarum hereditatum nudo pacto factę abſq; jurejurando vires habeant, *per d. c. filii nati. ibi Dd. ſi de feudo defunct. content. d. c. 1. de fil. nat. ex matrimon. ad morga. contra. l. 1. l. 2. l. 3. C. quæ ſit longa conſu. d. l. omnes populi. ff. de iuſtit. & iur. Joh. Dauth. ad d. cap. quamvis. num. 15. & 16.* hic tamen neque ſtatutum ea de re exſtat, neque conſuetudo probatur.

Nec quidquam facit, quod in inſtrumento renunciationis dicitur, tutores in præſentia ſenatorum vice ſuorum pupillorum in perſona feciſſe more civili renunciationem, In der Perſon/ die Stadtrechtliche Verzicht vnd verlaſſung gethan haben/ tum quod in præcedentib. & in hac ipſa clauſula non agitur de renuncianda hereditate futura ſed delata, materna ſcil. de qua tranſactum erat, ac par eſt verba eo reſpectu intelligi, quo prolata ſunt *Nicol. Ciſner. ad l. 5. nu. 4. ff. de tranſact. Aym. Crav. conſil. 548. nu. 20. Mynſing. reſp. 58. n. 6.*
217 tum quod † verba hæc, Stadtrechtliche Verzicht ſunt ambiguè poſita, ut ſe tam ad jura communia
quam municipalia habere poſſint, & ita aut declarationem ex jure communi admittant, aut cũ ſe in ſtatuto municipali fundent, nec ſupra relatũ ſtatutum ad ſuperſtitis hereditatem ſpectet, ſed ad communionis finitionem, per diviſionem faciendam, nec aliud ſtatutum planè ad propoſitũ pertinens proferatur, quo futuræ hereditati nudo pacto renũciare liberis conceſſum ſit, vel impoſitum, utiq; non hoc ſignificabunt, quod paternæ hereditati futuræ more & jure civitatis M. renuntiatum ſit: tum denique, quod nuda aſſertio incidenter facta non probat talem renunciãdi conſuetudinem, cum eiuſmodi aſſertio poſſit intueri voluntarios ac difformes actus, ex quibus conſuetudo non inducitur nec probatur, Johan. Pet. Surd. *conſ. 254. n. 4. & 19. cum ſimilib.*

218 Si quoque † in favorem certarum perſonarũ renunciatio facta ſit, illis ceſſantibus reconvaleſcit ius renunciantis. *per d. l. Paulo Calimacho. §. Pomponius. ff. de legat. 3. gl. ad c. cum appellationib. verb. reputari. de appellat. 6. Georg. Natta ad d. c. quamvis. in prin. nu. 59. Aym. Cravet. conſil. 475. n. 1. per l. ſi unus. §. ante omnia. ff. de pact. Nicol. Boer. deciſ. 104. nu. 9. verſ. ſecus ſi in favorem alicuius, &c. Joh. Petr. Surd. conſil. 244. n. 8. 9. 10.* nec ad alias perſonas renunciatione non comprehenſas extenditur, *leg. ſi unus. §. ante omnia. ff. de pact. ibi Bart. Caſtr. & Alexand. Jaſon ad leg. Imperatores. ff. de tranſact. & ad l. 7. §. prætor ait. num. 9. ff. de pact. l. ſi ut. ibi Bald. C. de repud. heredit. l. iubemus. C. ad Senatuſconſ. Vellecian. Joh. Petr. Surd. conſ. 446. nu. 13. & 14. conſ. 133. nu. 23.*

Limitata namq; † cauſa, limitatum producit 219
effectum, *l. in agris. ff. de acquir. rer. domin. Johan. Petr. Surd. 195. num. 8. Tiber. Decian. reſpon. 78. 195. nu. 21. vol. 4.* nec voluntas limitata extra limites ſuos eſt trahenda, *leg. 1. §. Julianus. ubi Bartol. ff. de itin. actuq. priv. l. voluntaria. C. de excuſat. tutor.* nec etiã † per- 220
ſonalia pacta & conventiones perſonas in ſpecie comprehenſas egrediuntur, *l. in omnib. l. privilegia. 196. ff. de reg. jur. l. 7. §. pactorum quædam. ibi Bartol. gl. Jaſ. & alii. l. idem in duob. verſ. perſonale pactum ad aliũ pertinere, quemadmodum nec ad heredem, d. l. ſi unus. §. ante omnia. ff. de pact.*

Renunciatio a. hæc facta eſt ſoli patri, eiuſque ſecundę uxori in favorẽ illatũ ſecundarũ nuptiarum, & ex iis naſcendorum liberorum, non in rẽ, & ſimpliciter. Idq; rurſum probatur per exordiũ, maximè in verb: Vnd dann benanter P. W. zuſambt L. C. ſeiner jetzigen Ehefrawen / in §. Daß ſie dann heute dato verb. Wie er jhnen ſolches zuſambt ſeiner jetzigen Ehefrawen. verb. bey dẽ Vatter vnd Stieffmutter/ zu behueff jhrer Gewerbe/ rc. §. Begebe ſich/ verſ. Stieffmutter. §. weil dannoch die vierdte Tochter/ verb. an das gut dem Vatter vnd Stieffmutter zum beſten wieder fallen ſeye/ rc.

Quæ ſane omnia probant, patri & novercæ primæ tantum favore illius matrimonii, non etiã in favorem ſecundæ novercæ, & ſic tertiarũ nuptiarum, & inde naſcendorum renunciaſſe. Neq; novercæ in hac renunciatione demõſtrandi cauſa, cum qua pactum factum eſſet, mentio duntaxat facta eſt, ſed ut tantum intuitu harum nuptiarum cum ipſa & marito eius hęc pactio eſſet. Nec refragatur ſecundarum nuptiarum appellatione omnes poſt primas contineri, quod quidẽ, ut ſupra dictum eſt, procedit, quoad odium & pœnas aliaq; jura ſecundarum nuptiarum, non a. quoad facta, placita & conventa. Nam nõ propterea tertiæ cum Seja, & quartæ cum Titia contractæ nuptiæ dicentur, cum conſenſu liberorum, & ſic abſq; periculo pœnarum cõtractæ, quia in ſecundas cum Cajo factas conſenſiſſent, ſed conſenſu toties opus pater habet, quoties ſecũdas nuptias iterat. Sic & hic, licet in pacta dotalia L. C. & in nuptias eas ſecundas in hanc renunciationem ei factam conſenſerint tutores nomine pupillorum ſuorum, hoc tamen ad tertias iſtas cum A. G. initas, non poteſt porrigi.

Quid? quod † eventus mali non ſunt in conſi- 221
deratione? *l. inter ſtipulantem. §. ſacram. ff. de verbor. obligat.* Quomodo igitur cogitare vel potuerunt, vel debuerunt, actorũ quondam tutores de tertiis P. W. nuptiis, & in eas ſuorum pupillorum nomine conſentire, atque ad tertiam quoque conjugem eam renunciationem extendere?

Ad ignorata † autem vel non cogitata renun- 222
ciatio non eſt extendenda, *per l. qui cum tutorib. ubi Bart. ff. de tranſact. l. ſi de certa. C. eod. And. Gail. obſerv. pract. 41. num. 2. obſ. 77. nu. 7. lib. 2. Joſeph. Maſcard. de probat. vol. 3. concl. 1264. n. 32.*

Etſi verò † quis diceret, patrem has tertias 223
quoque nuptias conſideraſſe, non incommodè reſpondebitur, nihil prodeſſe hoc, quia propoſitum in mente retentum, nihil operatur, *leg. ſi repetendi. C. de condict. ob cauſſ. Doctores in lege, ſi ego tibi. Decius in ſecundo notab. ff. de rebus credit. ſi certum petatur.*

Præterea

224 Præterea † nunquam censetur legitimè renũciatum, etiamsi generalia renunciationis verba sint, *d.l.si quando,§.& generaliter. ubi Bald.C.de inoff. testamen.prolixiùs* Joseph.*Mascard.d.concl.*1264.*n.*33. ut nec per statutum censetur sublata, nisi de ea fiat specialis mentio, *Salycetus ad l.sancimus. C.de nupt.Alexand.cons.*7.*num.*7.*volum.*2.*Matth.de Afflict.decis.*118.*n.*3.*Hieron.Schurff.consil.*96.*num.*8.*cent.*1. *Joh.Vinc.Honded.cons.*10.*nu.*5.*&* 6.*vol.*1. Et quamvis ibidem *nu.*26.27.28.29 *&* 30.distinguat, ut & Menoch.*consil.*71.*n.*5.6.7.8. utrum vivo vel mortuo patre renunciatio facta sit? ut quidem posteriore casu hoc procedat, *per d.c.quamvis. de pact.* 6. *d.l.si quando.§.& generaliter.* quia ius quæsitũ difficilius remittitur, quam quærendum: secus si vivo patre renunciatum sit, nullo adhuc jure quæsito, quia in eo casu non loquatur text.*in d.§.& generaliter.* tamen hæc distinctio hîc non quadrat, cum procedat, si à vivo patre quid pro legitima datũ & sic renunciatum sit, aut certè in specie renunciatio facta hereditati paternæ futuræ: quia tunc renunciatum intelligitur ipsi hereditati, cui legitima, tanquam pars toti, unita est, ut Menoch *dict. loco declarat.* & patet ex Honded. *d.consi.*10.*nu.*29. *&* 30. At neq; in genere, neq; in specie hereditati paternæ hoc nostro casu renunciatum est, nihilq; liberis prioribus, veluti legitima paterna, datum: sed quicquid eis assignatum est, materna fuit hereditas, eaq; legitima. Qua de causa prædicta distinctio locum hic non habet: sed potius ita concludendũ est: si priores hi liberi per objectam renunciationem, neq; in specie legitimæ paternæ, neq; in genere hereditati paternæ, cum qua legitima unita sit, in vita patris renunciarunt, sed soli maternæ hereditati, non possunt prætextu renũciationis huius, quantumvis generalis esset, videri legitimæ paternæ renunciasse. At neq; in specie legitimæ paternæ, neq; in genere hereditati paternæ, in vita patris renũciaverunt: ut ex superiorib. patet. Ergo prætextu renunciationis huius non possunt censeri renunciasse legitimæ: quia in dubio non præsumitur filium renunciasse legitimæ, *per d.l.si quando, §.illud.& §.& generaliter. cum simil.* Deinde præsupponunt hi autores firmitatem pacti, ut si jurejurando intercedente factum sit, secus si pactum non sit firmum, *per d.leg. si quando §.illud.* ut quamvis casus *in §.& generaliter.* non concernat casum, qui in vita patris accidit, concernat tamen eum dispositio, *in §.illud ut notat Jason ad authent.novissima.num.*10. *C.de inoffic.testamen.* Sed hic negatur pactum iniuratum firmum esse, quoad paternam hereditatem, deficiente jurisiurandi religione.

Rursumq; non absolutè, & absq; omni restrictione hæc renunciatio intercessit, sed ei clausula derogatoria per modum exceptionis hæc inserta est: Jedoch in alle wege was jnen hienechst Gott vnd die heylige Kirch geben möchte / vorbehältlich / etc.

225 Quid autem † à Deo, ecclesia, & legibus liberis potius datur, quam hereditas paterna. *l.cum ratio.ff.de bon.damnat.d.leg.scripto.in fin.ff.si tabula testam.nulla exstab.l.in suis ff.de liber.& posthum.c.quicunq; vult.*17. *quæst.*4. Ideoque dato, quod hæc renunciatio non minus paternam quam maternam successionem concernat, tamen futura successio paterna in eum casum, quo præsens illud matrimonium solutum fuerit, liberis erit reservata.
Oportet † enim exceptionem esse de Re- 226
gula, saltem comprehensivè, licet non dispositivè *Eberhard.à Middelburg in loco ab except.ad reg num.*9. *Hieron.Cagnolus ad leg.*1.*num.*28 *&* 30. *Decius num.*19.*&* 20.*ff.de regul.iur. Dyn.ad rubric.eod.numer.*17. Alioqui non esset exceptio, sed ineptiæ ineptiarum, atque prorsus inutilis, *Aymon Cravetta consil.*963.*num.*7.*per l.nam quod liquide §.fin.ff.de penu legat.l.fin.§.cum dubia.ff.de tritico,vino,oleo leg.l.quæsitum.§.deniq; ff.de fundo instructo instrum.legato. Cagnol.ad d.l.*2.*num.*28 *vers.& Archiepiscopus Florent.* respondit que Cravetta *consil.*8 9.*num.*14.*vers.tertiò de fideicommissis.* exceptionem planè ad ea restringi oportere, quæ de regula aut sub regula comprehensa sunt, &c. alioquin est, ut spuria & inepta reijcienda, ut idem ait Aymon Cravetta *cons.*965.*num.*7.

Tota etiam † hæc transactio & renunciatio vi- 227
detur vitio nullitatis laborare: quando non constat decretum magistratus intercessisse. Nisi enim decretũ magistratus interveniat, inutiliter transigit vel alienat tutor vel curator. *leg.*3.*& toto tit.C.de præd.minor.* multò magis renũciat nulliter absque decreto, quia renunciare donare est, donare aũt perdere, *Joseph.Mascard.d.concl.*126*.num.*1.2 3. *idemq; tradit Alex.ad l.*3.*de dãno infect.Paris.cons.*127 *num.*6 *volu.*1.*per l.*1.*C.de fund.dotal.l.magis puto.§.fundum ff.de reb.eorum,qui sub tutel. Anton.Gomez.*2.*variar.resolut.cap.*14.*num.*14. Quamobrem ne sic
quidem obesse poterit actorib. Neq; † verò sola 228
sigillatio & attestatio magistratus negotium cotã se ita partib. placuisse, uti narratũ est, probat decreti interpositionem, ac nisi in actis scriptum ostendatur, decretum de eo latum esse, non esse præsumendum interpositum, nulliterq; actum esse plurimi tradidere, teste Alex. *in l.sciendum.ff.de verborum obligationib. & Octav. Simoncell.de decret libr.primo,titul.*1.*Inspection.*7.*numero* 100.101. 102.103.

Non obstat, quod pacta servanda sunt, nec transactione finitæ lites resuscitandæ. Non enim contra pactum vel transactionem actores venire intendunt, sed dicunt & ostendunt, hanc transactionem, seu hoc transactionis placitum ac subsecutam renunciationem ad paternam hereditatem non pertinere: quippe de ea tempore transactionis nulla lis esse potuit, nec etiam fuit, sed de
sola materna. Transactio † autem non nisi de re 229
quasi dubia & lite incerta, neque finita interponitur, *l.*1 *ff.de transactio.* Itaque de materna successione, non etiam de paterna transactum est, ut & transactũ de ea, veluti futura, in dubio non præsumitur. *per l.qui superstitis ff.de acquir.hered.*

Eadem ratione etiam illud removetur, quod renunciantib. jura sua non datur regressus. Constat enim non renunciasse paternę hereditati, sed patri renunciationem fecisse propter bona materna, quando cum ipsis pater non instituerit divisionem, sed certã summam loco legitimæ successionis maternæ dederit. Nec contrarium allegata ex instrumento transactionis verba probãt. Primò enim iam ante palam est, statutum M.ſemissem liberis prioribus non deferre, ut mixtam quandam legitimã partim paternam, partim ma-

ternam, neque etiam, ut quæ à solo superstite parente proficiscatur, sed veluti debitam hereditatem delatam eis per obitũ matris vel patris præmorientis. Intuitu huius statuti & propter hoc statutum portio illa Abscheidt vnd Erbtheil/data, & transactio & renunciatio subsecuta est. Nequit ergò hæc portio censeri paterna legitima, multò minus credendum est, renunciatum esse paternæ successioni. Deinde verba illa, nach gelegenheit seiner Haabnuß / aus seinen Erb / Haab vnd gütern sambtlich Gut / &c. non necessariò probant, assignatam liberis hanc esse portionem, & ex paternis saltem bonis, sed secundum mores & jura civitatis M. hoc dictum est: secundum quæ omnia bona cum defuncta & cũ nova uxore communia habebat. At quod † commune mihi cum aliquo est, rectè meum appello, *l. si quis suos 74. de legat. 3. l. duo. ff. de acquiren. hereditat. l. servus communis omnium. ff. de servor. stipulat. Bald. ad l. 1. C. de commun. rer. alien.* cum nulla pars possit ostendi, quæ mea pro indiviso non sit. Et secundum hoc statutum de communibus illis suis bonis debebat liberis semissem dare: quia ad eos materna successio erat devoluta, *juxta l. 4. ff. ad S C. Tertull. Novell. 118. c. 1. & auth. in successione. C. de suis & legitim.* Dando ergo & separando hunc semissem, de suis bonis dare dicitur, quatenus per assignationem cessant esse communia. Quæ etiam ratio est, cur in §. Weil dannoch die vierdte/ &c. dicitur, vnd an das Gut/ dem Vatter vnd Stieffmutter zum besten/ & in §. die Zweyhundert Thaler/ &c. pro hac pecuniæ summa assignata pupillis hypotheca in die sampt- liche Haab vnd Güter/ constituitur. Nam & inter hos coniuges contracto iam matrimonio, cœperant omnia esse communia. Nec quicquam movet, quod in eodem §. die Zweyhundert Thaler/ &c. successio inter germanos fratres ac sorores reservatur, excluso patre. Non enim propterea consequens est, ergo & hoc actum esse, quod pater hos etiam à sua successione velit esse exclusos: cum à casu † ad casum, à persona ad personam, à re ad rem in renunciationum causis non detur extensio, *leg. iubemus. C. ad Senatuscons. Velleian.* quia sunt strictissimi juris, & ut Ludov. Roman. *consil. 168. per l. si dominiu. ff. de servitut. urban. & l. ut suum. C. de jure deliber.* ait: Renunciatio in uno facta, non inducat exclusionem in alio.

230 (margin at "munia habebat")

Sic etsi hoc quoque dari potest, renunciationem alicui factam censeri in ipsius & heredum eius commodum, non tamen ex eo continuò cõsequens est, liberis posteriorib. solis hoc jus quæsitum esse, ut actoribus exclusis, ipsi tantùm patri heredes existant: cum patri de ipsius viventis hereditate renunciatio nulla sit facta: quia nec ulla transactio de ea facta est. Deinde, supra probatum est, hanc renunciationem speciem renunciationis personalis habere: Et quamvis in rem sit, ne sic tamen actores excludi posse, cum reservetur eis hic casus, qui extitit, nempe, si Deus, ecclesia & jus eis aliquid dederit. Quod & de eo responsum esto, quod pater non minus diligat ex posteriore matrimonio, quàm ex primo natos.

232 Tametsi & illud sit, † magis censeri dilectos esse, qui nati iam sunt, quam nasciturí, *per l. cum ita. §. fin. ff. de leg. 2. l. qui filiabus. in princ. iuncta gl. ibi in solutione contrarii. ff. de legat. 1. Bartol. in l. Lucius. ff. de heredib. instit. Menoch. consil. 6. num. 10. Joh. Petr. Surd. consil. 21. num. 3.* Ut ideò credendum non sit, voluisse patrem tum temporis, cum renunciatio illa fieret, nascituris ex tertia coniuge filiis filiabusq; prospicere, & solis hoc jus quæsitum esse: præsertim cum eiusmodi casus nudi eventus nõ sint, in consideratione habendi, *d. l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de verbor. obligat. Menoch. d. consil. 6. num. 6. & 11.* ubi dicit, non esse probabilem rationem, quod pater eius quid fecerit sub spe ducendi aliã uxorem, & suscipiendi aliam prolem, etiamsi Corneus *consil. 291. libr. 4. num. 7.* eam rationem visus sit approbare.

Denique etsi posterioribus liberis jus quoddam quæsitum esse concedatur, tamen hoc se ulteriùs non extendit, quam quod actores integrum semissem omnium bonorum, quæ tempore dissoluti primi matrimonii fuere, exigere non possunt, utique exacturi, si de materna hereditate transactum non esset. Et cum in eo satis multum & fortiter hæc renunciatio operetur, non debet in immensum, & ultra intentionem agentiũ extendi, per jura superius deducta.

Vox † itemque Damit/ ex antecedentibus re- 233
stringitur, cum per eam non plus possit videri repetitum, quam præmissum est *secundum Aymonem Cravet. d. consil. 958. num 30. consil. 584. num. 7. consilio 788. num. 1. cum similib.* Nam & vox omne & quæcunque ad determinata, quibus adhibetur, & de quibus profertur, revocanda est, cum verba men-
tiatque rei † subiectæ inservire oporteat, *Bald. ad* 234
l. si non convitii. C de iniur. c. si requiras. ext. de appellat. Zas. consil. 12. num. 43. & sequentib. volum 1. Doctores ad leg. in venditione, C communia prædior. & ita in specie de verbo OMNE, *Bartolus in leg. generali, §. uxori, ff. de usufruct. leg num. 4 gloss. in l. sed si non compromissum. 14. & leg. sequ. per illos text. ff. de recept. arbit.*

Qua ratione etiam dictio zum ewigen tagen/ &c. & dictio endtlich vnd zum grunde accipienda, Et cum à materna penitus sint maneantq; exclusi, per hanc renunciationem satis superq. hæc verba pro re subiectã operantur, nec opus est, ut etiam exclusionem à paterna successione inferant, quãdo otiosa & sine operatione singulari non inveniuntur.

Sic etiam geminatio vocum ultra enixam voluntatem nihil operatur, sed pro re tantum subiecta, & in eo tantum, de quo agunt.

Portio legitima non negatur liberis assignata, sed non ut paterna, cum de materna tantum hereditate quæstio fuerit. Quo fit, ut jura, quæ de renunciatione legitima accepta, liberos prorsus excludente deducta sunt, huc non pertineant.
Quandoquidem † verum sit, hanc sententiam 235
inter Interpp. satis controversam, dubiam & periculosam esse, ut aliquoties iam ostensum est, magisq; in diversam partem inclinare veritatem, *propter d. l. si quando, §. illud. C. de inoffic. testamen.* Et quamvis Imol. *ad d l stipulatio hoc modo concepta, n. 5. ff. de verb. oblig.* defendendo Butrigarium excepetit, quod *in d. §. illud.* aliqnid minus integra legitima tempore assignationis constitutum fuerit: rectè tamen Jason *in d. authen. nu. 10.* replicat, rationem in textu expressam generalem esse, & utroq; in casu æqualiter militare, sive tempore assigna-

signationis aliquid minus legitima fuerit constitutum, sive id, quod assignatum fuit, ad legitimæ quantitatem, habito ad tempus constitutionis respectu, ascenderit: quod etiam Johan. Dauth. verum esse visum fuit, *ad d. cap. quamvis, num. 11. circa finem.*

236 De M. moribus, † & utrum hæc renũciatio satis formaliter secundum jus municipale M. facta supra quoque egimus: & cum actum fuerit, tum temporis de sola hereditate materna, potuit simplex & nudo pacto facta renunciatio, secundum eius civitatis jura sufficere: quia & jure canonico non minus quàm civili suffecisset, *per l. is potest. ff. de acquir. hered. cum simil. b.* Nam *d. c. quamvis de pact. in 6* non pertinet ad defunctorum hereditates, sed viventium. Deinde nuda hæc assertio non probat hoc esse, quod ab eo contingit abesse, *per l. neq. natales. C. de probation.* Denique vox Stadtrechtliche verzicht / varias admittit significationes, ut ideo hoc continuò non probet, statuto vel consuetudine M. introductum esse, quod firmiter possit futuris parentum hereditatibus renunciare. Nec denique vicinitas Saxoniæ mores M. ita se habere probat, *argum. l. 2. C. quæ sit longa consuetudo.*

Senatus de iis, quæ coram se acta & dicta sunt, testimonium saltem perhibet, eoque fine sigillum apposuit: actus autem agentium, ultra eorũ intentionem non possunt extendi, *d. l. non omnis ff. de reb. cred. si cert. petat.*

Quod filio natu majori obiicitur de renunciatione Anno 1591 facta circa ædes, & quæ bona ad illas pertinent, longè secus se habet: ut in actis præsertim *sub numero 8. & 10.* videre est. Reliqui itemque primi matrimonii liberi constantissimè negant, se renunciationem ingeminasse, quoad bona paterna. Et si qua hic facta quietatio, ea partim materna respicit, partim eò tendit, ut constet, quid conferendũ sit, si unà ad successionem aspirare velint, *argum. l. ut liberis. l. illam. C. de collat. cum simil. b.*

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUid ergò? posito, quod renunciationis exceptio negocium facessere possit actoribus, an non ea erit elisa per replicationem pacti, anno 1581. initi, cum L C. secunda uxore.

237 Quod † Rei quidem negandum esse putant, potissimum hanc ob causam, quod ejusmodi pactum ipso jure non valeat, cum sapiat donationem simplicem inter virum & uxorem, quæ jure moribusq; improbata est, *leg. 1. & tot. tit. ff. & C de donat. inter virum & uxor. C. fin. extr. de donat. inter virum & uxor.* Deinde si qua virtus in ea esset, subsisteret tantum per modum ultimæ voluntatis, *Francisc. Vivius in thesaur. commun. opinion. verb. donatio omnium bonorum. facit l. donationes. C. de donat. inter virum & uxor. l. si eum, §. ult. l. sequ. l. cum hic status ff. eodem, Andr. Gail. observation. 91. num. 1. lib. 2. Wesembec. consil. 63. in fin. Mynsing. observat. 33. centur. 2. Chassan. in consuetud. Burgund. Rubr. 4. §. 7. verb. aultrement. num. 6. Petr. Peck de testament. conjug. lib. 1. c. 7. Georg Natta in d. c. quamvis. num. 249. & in addition. ibi Matth. Boyss.* Nulla † autem voluntas, ultima absq; testium ad minimum quin-
238 que præsentia rectè conficitur, *l. fin. C. de mort. caus. donat. l. fin. C. de codicillis.* utroque loco Doctores nisi in terris ecclesiæ, vel ad piam causam facta sit, *c. cum esset, extr. de testam.* Cum itaque hic nulli, nedum quinque testes sint adhibiti, nullæ huius dispositionis vires prætendi possunt.

Idque † etiam eo magis, quod pactis heredi- 239
tas non datur, *leg. hereditas, C. de pact. convent. tam super dot. quam donat. propter nuptias.* nec donatio immensa, nisi actis insinuata valeat, *Gail observ. 117. lib. 2.*

Neque † obscuri juris est, unumquodque nõ 240
alio, sed eodem modo tolli, quo colligatum est; *l. nihil tàm naturale. leg. ferè quibuscunq, ff. de regul. jur. l. prout quisq. ff. de solution.* & ut Hieron. Cagno. *in d. l. nihil tàm naturale. num. 1.* ait, Revocatio & resolutio actus ejusdem est naturæ, cuius est concessio & productio: & eadem solemnitas, quæ requiritur in conficiendo actum: requiritur etiam in dissolvendo, uti exemplo testamenti *ibidem num. 2. & num. 3.* exemplo missionis in possessionem, aliisque similibus comprobat, & ut Johan. Petr. Surd. *consilio 136. numer. 18.* ait: Solemnitas necessaria in contractu, requiritur etiam in distractu, *secundum Bartolum in leg. & ideo. ff. de condict. furt. Cacheran. decis. Pedemont. 53. num. 10.*

Sed renunciatio illa publicè contracta fuit, & quidem consentiente Senatu M. Ergò nec potuit aliter tolli, quam pacto publico, & à Senatu consentiente approbato. Cuius enim consensus erat necessarius ad contrahendum, ejus & ad dissolvendum, *authentic. e contra si filius. C. de repud. ibi Bart. & alii.* & expeditum est, jus publicum privatorum pactis non mutari, nec tolli, *l. jus publicũ. ff. de pact.*

Cui accedit, † quod *in l. scripturas. C. qui potior.* 241
in pign. constitutum est, privatam scripturam, quæ trium testium subscriptione caret, non posse quid adversum publicum instrumentum probare, nec etiam publico instrumento derogare, sed planè absque fide esse, quod maxime etiam *per cap. 2 extr. de fid. instrumen.* corroboratur, quod privata testibus carentia nihil firmitatis habeat, publica habeat, vel propter solius sigilli publici autoritatem: quod pluribus exaggerat & deducit Aymon Cravetta *de antiquitat. tempor. part. prima, verbo, privata scriptura an probet, numero 76.*

De suis † itemque quilibet, non de alienis te- 242
statur, *leg. illa institutio, l. captatorias. ff. de hered. instit.* At L C. hic de alienis, nempe mariti bonis testata est, cum vix 250 floren. dotis nomine habuerit, attamen de temille in his pactis disposuerit.

Neque † etiam quisquam sibi ipsi potest te- 243
standi facultatem præripere, *leg. si et. ubi Doctores communiter. d. l. pactum quod. l. fin. C. de pact.* cum juris sit publici, *l. 3. ff. qui testamen. fac. poss.* Sed hoc pacto pater non minus quàm L C. facultatem testandi sibi præripuissent, si esset firmum. Non erit ergo firmum censendum.

Imò verò non parum suspectum est ex eo, quod pater dicitur tempore contractæ renunciationis sibi reservasse potestatem legitimam, quæ tamen reservatio in publico instrumento renunciationis non reperitur. Quod autem fal-

sum † vel suspectum de falso in uno, etiam fal-
244 sum vel suspectum præsumitur in altero, *per l. si quis ex argentariis, §.1 ff. de edend. l. si aliquid. C. de suscept. & arc. lib. 10. Bart. ad l. si ex falsis, num. 11. C. de transact. Mascard. de probat. d. vol. 2. concl. 739 num. 7. & concl. 740. nu. 7.* ubi ait, quod propter suspicionem extrinsecam judex debet potius inclinare arbitrium suum contra instrumentum, & ei non adhibere fidem, quod & Baldo *ad l. scriptura. C. de fide instrumen.* placet: ac sufficit reo, iura atque intentionem actoris obscurare saltem, & in dubium adducere, ut absolvatur, Johan. Petr. Surd *consil. 317. num. 37.* licet penitus falsi convincere non possit.

245 Secundò, † dispositum ad unum eundemq; finem contrarios effectus operari non debet, *argum. l. mutuis. ff. pro socio l. 1. C. de furt. l. sed si plures. § filio. ff de vulgari & pupill. substitut.* Sed potiùs ita interpretatio fiet, ut unum per alterum corroboretur; *argumen. l. sancimus C. de testament.* At per prædictum pactum idem eodem fine dispositum est, quod ante in renunciatione: nempe ut liberi priores legitima sua, mit jhrem Abscheidt vnd Erbtheil / contenti, nihil amplius petant, *ut in §. 1. circa finem*, dispositum est: & prolixius elicitur, ex §. Daß gleichwol. & §. Zum andern. vers. Sol solche verbesserung verstanden werden/ꝛc. Ex quibus constat, in hoc pacto illud disponi, si P. W. liberi nascantur, quod velit primùm actores habere integram legitimam, quam eis semel assignavit: Deinde, quod augmenti loco constituerit, non quidem indistinctè, sed solis filiis. Quæ quid aliud intendunt, quam quod idem ratum sit, quod in renunciatione est dispositum, nempe, ut à reliquo sint exclusi? Contrariũ ergo effectũ ex hoc pacto
246 nequeunt elicere. Sed & pactum † illud successorium, in §. Zum dritten / conceptum est sub conditione, si sine liberis decedat, Da vns der liebe Gott keine Kinder zusammen bescheret / vnd vnser eins vor dem andern ohn Leibs Erben mit Todt abgienge/ꝛc.

N[illegible] P. W. sunt liberi, nec dici potest, eum sine heredibus ex corpore suo natis decessisse. Conditio ergo illius dispositionis defecit: Johann. Petr. Surd. *consilio 96. num. 7.* atque ideo nihil actoribus vigore huius pacti deberi potest, *per l. cedere diem, ff. de verborum significationib cum ibi notatis §. sub conditione, ibi Doctores. Instit. de verborum obligationib. Roland à Vall. consil. 56. num. 10. volum 3.* & ut O'd ad. dicit *consilio 21.* quod substitutio facta alicui, si decesserit sine filiis, exspirat, eo cum filiis decedente, licet illi deinde moriantur, quia sufficit substitutionem semel defecisse, ut nunquam postea reviviscat. Sic & hic satis est, pactum ob defectum conditionis exspirasse, ut nunquam reviviscat.

Disponitur hoc quoque in illo pacto, quod superstes ad secunda vota transiens, debeat semissem bonorum defuncti defunctæve proximis heredibus dare, alterum verò semissem retinere, & novo matrimonio inferre. Unde constat, quod liberis prioribus tantum in eum casum prospicere voluit, quo ante secundam uxorem sine liberis ex ea concessis decederet. Is autem casus non exstitit. Ergo nec dispositum illud locum habere potest, atque ideo quod statuto, quod renunciatione pater habuit, hoc totum potuit inferre huic tertio matrimonio, ut & intulit, & ita efficere, ut nihil eius liberis prioribus vigore huius pacti debeatur. Dispositio † enim 247
quælibet suis terminis est contenta, *l. quicquid adstringendæ, ff. de verborum obligationib. Bald. ad cap. 1. num. 8. de allod.* nec ultra eos extenditur. *Johann. Petr. Surd. consilio 5. numer. 58.* intelligiturque rebus ita stantibus, *Johann. Petr. Surd. consilio 68. num. 18.*

Præterea limitata causa limitatum producit effectum, vulgaris textibus. Pactum autem illud tantum agit de augmento faciendo, & ad augmentum limitatum sive restrictum est, *ut est in d. §.* zum andern/ *ver.* soll solche verbesserung/ꝛc. Itaque neque potest neque debet hoc inducere, universæ renunciationis destructionem, sed solummodo quoad augmentum, quod his duob. filiis priorib. facturus erat.

Quinimò liberis posterioribus ex statuto, & subsecuta renunciatione anno 1574. jus semel quæsitum fuit, ut exclusis primi matrimonii liberis, consanguineis suis fratribus ac sororibus, patri soli succederent; ut ex statuto & renunciatione, adeoque etiam ex hoc pacto, *in §. 1. 2. & 3.* palam fit.

Hoc ergo jus † pater eis per hoc pactum adi- 248
mere non potuit, *per leg. id quod nostrum, l. non debet alteri. 74. ff. de regulis iur. leg. 1. l. 2. C. de bonis matern. lege final. §. 1. 2. 3. C. de bonis, quæ liber.* cum nemo possit consilium suum mutare in alterius injuriam, *l. nemo potest, 75. ff. eodem.* Et in specie communi calculo receptum esse, patrem, etiamsi Princeps sit, non posse per novas conventiones filiis suis præjudicare in jure iam quæsito, respondit Tiber. Decianus *consilio 117. num. 21. volum. 3. per l. quodcunque. § si quis ita. ff. de verborum obligat. l. si unus. §. ante omnia. leg. fin. ff. de iure dot* sive sit iam cum effectu quæsitum, sive conditionaliter & sub spe, *l. si constante, vers. exceptis. ubi Bald. C. de donat. ante nupt Bald. ad l. cum à socero in fin. C. de iure dot. Corn. consil. 68. volum. 3. Tiber. Decian. d. Respon. 117. num. 21. Aym. Cravetta consil. 74 num. 1.* etiam per patris ipsius stipulationem *secundum Jason consil 113. volum. 1. & in l. 1. & 2. C. de repud. bon. possess. Baptista à Villalob. commun. opin. verb. pater non potest, num. 33. & 34.*

Idque inprimis hoc casu eò magis credendum est, quod idem fuit affectus patris erga liberos tertii matrimonii, qui & fuisset erga secundi matrimoni filios, si qui ei nati fuissent. *per dict. l. placet. 4. ff. de liber. & posthum. lege final. C. de curator. furios.* Secundi autem matrimonii liberis hoc pacto prospexit, ut si nascerentur, patri sint soli heredes, exclusis prioribus liberis, nisi quoad legitimam eiusque augmentum, quod sponte daturus sit. Ergo & tertii matrimonii filiis filiabusq; hoc ipso prospexit.

Et ut de eo tantò minus possit dubitari, *in dicto §.* Zum dritten / *in fine*, hæc ponuntur verba: Vnd sich seines Antheils zu der newen Ehe zuerfrewen haben. Quod quid aliud est, quàm ac si diceret; Divisione facta portionem suam totam in secundas nuptias inferre ei fas esse.

Imò

Imo vero *d. §.* zum andern. non loquitur pure & dispositive, sed de voluntario augmento, von einer frey willkührlicher Erhöhung zugekehrten
149 Antheils/ etc. At quæ † dispositive in contractu non dicuntur, non obligant, *per ea, quæ Bart. in l. qui volebat. ff. de hered. instit. l. ex hu. ibi Jas. num. 2. & 5. C. de milit. testam. Tiber. Decian. respons. 120. num. 17. vol. 3. Corne. consil. 260. num. 10. vol. 3. Wesemb. consil. 2. num. 83. consil. 14. num. 30.* & verba voluntatem liberam significantia restringenda sunt, ne alienum jus lædant, *Bart. ad l. dotalem. per illum text. & in l. cum filius. in fin. ff. de milit. testam. Bald. ad l. si quis major. C. de transaction. Aym. Cravett. consil. 732. num. 28.*

150 Quid? quod in † dubio semper præsumitur durare prioris voluntatis dispositio, nisi mutatio aut revocatio expressa probetur? *per l. 3. l. qui voluntatem. de probat. l. cum hic status. 32. §. 1. & seqq. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. Lucius Titius. ff. de legat. 2. l. si fideicommissa. §. si rem. ff. de legat. 3. Paris. consil. 50. num. 14. consil. 75. consil. 81. num. 1. vol. 4. Alciat. de præsumpt. regul. 2. præsumpt. 16. Roland. à Valle consil. 31. num. 43. vol. 4.* Idq; eo magis hoc nostro casu, quod divisione præcedente transactio & renunciatio subsecuta est, aut certe in vim divisionis adhibita vigore statuti, tanquam legis municipalis, *per l. omnes populi. ff. de justit. & jur.* quæ tanto magis durare, nec mutata præsumitur, *secundum Mascard. de probat. volum. 3. conclus. 1280. num. 9. 11. 13. l. non ad ea. ff. de condit. & demonstrat. d. l. præcipimus. in fin. ff. de appell.* At vero, si renunciationem penitus voluisset esse revocatam, utiq; expressisset. Quinimo vel saltem liberorum omnium priorum mentionem fecisset. At neutrum fecit.

Cui hoc insuper accedit, quod aliquoties denegavisse dicitur prioribus liberis plura desiderantibus, asserendo, se plus debito jam dudum præstitisse: & ut Rei loquuntur, Hette den ersten Brüdern nichts zuwissen gewust. Ipso itaque facto testatus est, se velle renunciationem
151 ratam esse: quæ † declaratio ipso facto ostensa, potentior est, quam si verbis facta fuisset, *Pau. consil. 14. num. 24. volum. 2. Tiber. Decian. respons. 84. num. 29. volum. 2. per l. Labeo. ff. de supellect. leg. et l. cum de lanionis. §. asinam. versic. optimum. ff. de fundo instructo instrum. leg.* cum multo plus sit ipso facto quid facere, quam verbis pronunciare, *Wesemb. consil. 25. num. 4.*

Sed & filius natu major fatetur in plerisque instrumentis patrem perseverasse in eo, quod noluisset ipsi plus dare, nec pro ipso solvere, & sic inhæsisse pristinæ renunciationi. Denuo etiam, cum intercedentibus plerisque nomen natu majoris filii liberasset, ac debitum quoddam pro eo solvisset, quietationem patri dedit, in qua confessus est, quod non ex debito, sed mero, eoq; solo paterno affectu absolutaq; liberalitate sibi hoc largitus sit pater. Qua propria con-
152 fessione, † licet extrajudiciali, nulla fortior probatio? cum literæ etiam privatæ contra auctorem suum plene probent, *Joseph. Mascard. volum. 1. de probat. conclus. 109. num. 2. & seqq. conclus. 1294. num. 2.*

Verum his non obstantibus æquius esse videtur, patrem remisisse liberis prioris matrimonii renunciationem per hoc posterius pactum, idq; satis firmum esse. Quod inprimis apparet ex §. zum dritten. ubi renunciatio, ut & in præcedente §. restringitur, & revocatur ad eum solummodo casum, si ex hoc secundo matrimonio sibi liberi non nascantur, & eveniat, ut alter è duobus conjugibus, qui tunc erant, absque liberis decedat, quod tunc quisque debeat suos proximos habere heredes legitimos: So fern uns beyden der Allmächtige Leibsfrucht vnd Kinder zusammen bescheret/ etc. Item, Da vns aber der liebe Gott keine Kinder zusammen bescherete/ vnd vnser eins ohne Leibs Erben für dem andern/ etc. Hæc conditio extitit. Decessit enim L. C. ante P. W. absque liberis ex utriusque corpore natis. Itaque primi legitimi sunt heredes, non obstante amplius renunciatione. Qui enim fuere P. W. proximi tempore hujus pacti? Utique soli actores. Ergo etiam de his, non de solis nascendis pactus est, *argum. l. inter stipulantem. §. sacram. ff. de verbor. obligat. Menoch. consil. 6. num. 6. & 10. per l. qui filiabus. ff. de legat. 1.* Et ut de eo tanto minus dubitetur, in § zum dritten. diserte exprimitur; das vbrig soll das längstlebend mit deß verstorbnen Kindern oder Erben ohne alle Gefehrde getrewlich theilen/ etc.

Præmortuo igitur patre liberi primi matrimonii, bona cum noverca L. C. divisissent: an vero deterior eorum erit conditio, patre superstite, quam eo defuncto? Quæ dura hæc esset pacti istius interpretatio? Cum præsumendum non sit, alienum sanguinem proprio præferre voluisse? Sed potius credendum est ex natura correlationum, quod in persona uxoris æquum putavit, id & in se æquum arbitratum esse, *argum. l. 1. ff. quod quisq; jur. in alium.* non quidem ut statim divideret bona sua cum liberis prioribus, sed ut spem successionis post obitum suum illis liberam conservaret. Idq; inprimis vel ideo amplectendum est, quod † unumquodque faci- 153
lius redit ad pristinam suam naturam, *l. si unus. §. pactus ne peteret. versic. incipit autem. ibi glossa. Jas. num. … & Doctores communiter ff. de pact. c. ab exordio. 35. distinct.* præsertim autem ad dispositionem juris communis, idq; Jason *in d. l. si unus. §. pactus. nu. 6. 7. 8. 9. & seq.* aliquot exemplis ac textibus probat. Sed si fateamur, hoc pacto renunciationem liberis prioribus remissam esse, etiam in hunc casum, quando pater ad tertia vota transiisset, suscepissetq; ex eo matrimonio liberos alios, utique ad jus commune reversum erit per hunc reditum ad pristinam naturam, quæ ante renunciationem erat, nempe, ut æqualiter communi parenti succedant primi & posterioris matrimonii liberi, *per d. Authent. in successione. C. de successio. legit. d. Novell. 118. cap. 1. Dn. Valent. Forster. d. cap. 16.*

Et certe, si liberi priores patri ab intestato heredes facti fuissent, non obstante renunciatione, si statim, quando hoc pactum factum est, successissent, utique etiam eodem statu permanente, ei heredes ab intestato fieri potuissent, quandocunque postea decesserit, quando non recidit in eum casum, à quo hęc pactio incipere non potuisset: idque à sensu contrario regulæ Catonianæ,

nianæ, *in l. 1. ff. de regul. Caton. l. penult. ff. de regul. jur.* juncta ejus declaratione, quæ per aliam regulam ei adjungitur, *in l in ambiguis. §. non est novum. ff. de regul. jur. c. factum legitime. de regul jur. in 6. § è contra-*
254 *rio. versic. quod si vivo. Instit. de legat.* cum † novum non sit, ut quæ semel utiliter facta sunt, durent, etiamsi casus superveniat, à quo incipere non potuissent, etiamsi nondum consummata sint, modo quando superveniens causa ad eundem finem tendit, *per d c. è contrario. versic. quod si vivo. Philip. Decius in d. l in ambiguis. § non est novum num. 2. in fin.* At succedere potuisse, si statim decessisset pater, plena manu rei actoribus largiuntur. Largiantur ergo, & consequens necesse est.

Neque vero ostendere possunt ex post facto recidisse in eam causam, à qua incipere hanc successionem non potuisset: tum quod neque statuto, neque ullo alio jure propter supervenientes liberos posteriores debeât priores esse penitus à paterna hereditate exclusi: tum quod transactio non erat facta saltem in favorem liberorum postea nascendorum, sed in gratiam patris secundo nubentis & secundæ uxoris, saltem quoad bona materna, ut de iis non amplius inquietarentur; ut supra probatum fuit. Deinde, etsi patri facta de paterna hereditate futura, ad liberos ex tertio matrimonio nascituros, veluti heredes ejus, pertineret, ipso tamen jure non effecissent hunc casum, à quo neq; remissio istius renunciationis, neq; successio coheredum primi matrimonii liberorum incipere potuisset, ut ideo hic illa dominetur regula: Quæ semel utiliter constituta sunt, omnino durant, nec ex post facto immutantur, ex quo talis casus non evenit, à quo incipere non potuisset, *l. in ambiguis. § non est novum de regul. jur.*

Quod rursum vel ideo hic obtinebit, non solum quod liberi priores & posteriores eo modo ad æqualitatem reducuntur, inter liberos quam maxime observandam, *secundum Bart. in l. cum pater. § pater pluribus. ff. de legat. 2.* & alia jura supra al-
255 legata, sed etiam quod proniores † semper ad liberandum erimus, quam ad obligandum, *l. Arrianus. ff. de obligat. & action.* quia resolvendo obligationem reducit ad pristinam libertatem, *Socin. jun. consil. 4. num. 3 volum. 3. Decius consil. 178. num. 4. Joan. Vincent. Honded. consil. 49. num. 18 & seq. Joan. Petr. Surd. consil. 431. num 9.* Hinc communi Do-
256 ctor. suffragio obtinuit, si filia † pactum, etiam juratum fecerit patri suo de non succedendo, eique pacto pater consensum accommodaverit, posse patrem hunc consensum suum postea revocare, ejusq; revocationis hunc effectum esse, ut pactum, illud filiæ de non succedendo, quantumvis juratum evanescat, perinde ac si nunquam exstitisset, *per l. fin. C. de pact. ibi Bald. num. 15. Purpurat. nu. 187. Dec. ad l. pactum dotale. nu. 6. versic. secus si virtute renunciationis. ibid. Bald. Salic. nu. 5. Sichard. nu. 7. C. de collat. Bald. ad c. ad nostram. 2 extr. de jurejur. Didac. Covarr. ad d. c. quamvis. part. 3. nu. 7. & ibid. Georg. Natta nu. 21 de pact. 6. Roder. Zuarez. ad l. quoniam in prioribus. in 5 limitat. super lege Regia. C. de inoffic. testam. Dn Valent. Forster. lib. 1 de success. cap. 23. in fin. Andr. Gayl. obser. 148 nu. 11. lib. 2. Mynsing obser. 7. num. 2. & seqq. cent. 2. Ferdin. Vasq. lib. 3. controvers. usu frequent. c. 44. nu. 9.* frustra dissentiente Jaso. *nu. 13. ad d. l. fin. C. de pact.* moto hac ratione, quia revocatio consensus paterni, licet sit in consideratione, quo ad pactum de futura hereditate dividenda, *juxta d. l. final.* tamen non esse in consideratione, quoad pactum de non succedendo; quem Ferdinand. Vasq. *d. num. 9. versic. quid dicendum.* eleganter refutat, cum omnis concessio hanc tacitam habeat conditionem, si is, in cujus favorem fiebat, ea uti velit, *per l. qui absenti. in princ. ff. de acquir. possess. l. si me in vacuam. ff. eod. & l. filio præterito ff. de injusto, rupt. irrit. testam.* Cum ergo hanc quoq; conditionem hæc renunciatio habuerit, utique remitti potuit, ita ut per hanc remissionem, quia tali jure uti nolit, penitus evanescat. Quod Fernand. Vasq. *d. cap. 44. num. 11.* adeo extendit, ut ostendat ex communi Doctorum sententia non solum procedere, si testamento, vel qua alia firma voluntate ultima ab hoc pacto discedat, nec eo utatur, sed etiam si inter vivos donet remittatve, aut consensum hunc suum revocet; etiamsi in favorem unius atq; alterius filii cum patre pepigisset, ut ibidem *num. 12.* ostendit, ubi in eandem sententiam quoq; Didac. Covarr. citat contra Jason. communemq; testatur, post Decium *in d. l. pactum dotale. num. 6. non procul à fine, C. de collat.* Pari modo hoc quoq; renunciatum pactum patri factum hac remissione paterna adeo evanuisse putandum est, ut nihil ejus amplius manserit, nec etiam ex post facto reviviscere potuerit, *l. qui res § aream. ff. de solut. l. inter stipulantem. § sacram. ff. de verb. obligat.* Qua de causa rei amplius pedem in eo figere non possunt, quantumvis maxime docere possent (quod tamen neque possunt, neque etiam tentaverunt) in suum favorem, patrem ad secunda vota transeuntem renunciativum hoc pactum acquisisse, & sic jus quæsitum quoddam habere.

Nam † heredes patris facti factum ejus omnino ratum habituri sint, *d. l. cum à matre. C. de rei vindicat. l. ea quæ pater. C de restitut. milit.* etiamsi is nulliter vel inique sciens & volens in jus heredum grassatus sit, *secundum Doctores ad d. l. cum à matre. l. successores. C de solut. l. si ab eo. C. de negot. gest. l. venditrici C. de reb alien. non alien. l. si fundum. versic. neq; ei successisti. C. eod. And. Tiraquell de retract. lignag. §. 1. gloss 9. num. 48. Anton Gabriel. lib. 6. commun. conclus. tit. de regul. jur. conclus. 11. num. 1. 3. 4 5. 6. 7.* necesse est, cur pater hac in parte deterioris erit conditionis, quam quilibet alius? Nam quilibet jure † suo, sive hoc ex generali vel speciali, 258
aut propria provisione habeat, sive aliunde, etiam ex statuto vel lege uti potest, vel non uti, *l. si judex. 41. ff. de judis. l. potest. ff. ad leg Falcid. c. 1. extr. de judic.* idq; libere remittere ac renunciare, *l. penult. & l. ult. C. de pact l. generaliter. C. de inoffic. testam. l. pactum dotali. ibi Doctores C. de collation. c. quamvis. de pact. in 6.*

Et † cum affectus paternus omnem alium vin- 259
cat, & à nullo superetur, *l. ult. C. de curat. furios. l. humanitatis. C. de impub. & aliis subst. Alciat de præsumpt. regul. 1 præsumpt. 1 num. 14.* Tanto magis credendum est, voluisse patrē prædictam renunciationem esse remissam omnibus suis liberis, præsertim jam natis, ut quos magis diligere censetur, nec de tali funesto casu tertiarum nuptiarum cogitasse, *secundum Menoch. d. consil. 6. nu. 6. 9. & 10.*

Neque

Neque solum hanc voluntatem suam revocatæ renunciationis per prædictum pactum evidenter expressit, sed insuper etiam ipso facto manifestavit, quando inæqualiter prioribus liberis dotes donationesq; propter nuptias auxit: quod sane aperte arguit, quod voluit, eos esse totaliter exclusos, sed qui aliquando intercedente collatione ad æqualitatem sint reducendi, *argum. l. cum oportet. §. non autem. versic. sin autem res. C. de bonis quæ liberis.* Quæ cum ita sint, facile apparet, ea, quæ dubium facere videbantur, nihil obstare. Nam quod primum attinet, ac si hoc pactum sit invalidum, aut ita comparatum, ut probatum videri non possit, de eo hoc respon-
260 detur: Sufficere quamlibet † patris declarationem, qua consensus sui accommodationem revocavit: adeo etiam, ut tacita revocatio sufficiat tam inter vivos, quam mortis causa, *secundum Dec. & alios in d. l. pactum dotali Bald. Purpurat. & reliquos in d. l. fin. C. de pact. Vasq. Covarr. Alciat. consil 9. num. 14. colum. 9. & si qui sunt alii.* Nam & alias
261 quælibet † patris voluntas inter liberos, vel in liberorum commodum disponens, etiam inæqualiter, servanda est, satisq; firma censetur, *l. fin. & auth. si modo. ibi Doctor. C. famil. ercisc.* eaq; liberis sufficere debet, *Menoch consil. 20. num. 41. consil. 45. num. 13.* maxime si patris heredes esse nitantur, *per d. l. cum à matre. C. de rei vindic. d. l. ea quæ. C. de restitut. in integr. milit. cum similib.*

Nec huic adversatur, quod Fernand. Vasquius *de success. creat. lib. 3. §. 30. num. 256. & 257.* tradit, patris donantis simplici assertioni standum non esse: quod verum est, quatenus præjudicium liberis futurum esset circa legitimam, quæ debitum quoddam naturale est, seu debitum bonorum subsidium: in qua liberi defraudari non debent, *secundum eundem Vasq. ibid.* At hic propter hanc remissionem, seu patris confessionem legitima filiorum non periclitatur, cum nihilominus singuli virilem integre accepturi sint.

262 Sed † nec qualibet donatio inter virum & uxorem, præsertim reciproca, & in casu mortis collata, est prohibita, *l. 3. l. res uxoris. l. seq. C. de donat. Petr. Costal. ad Rubr. eod. l. 7. l. si inter. 24. l. cum hic status. 32. ff. de donat. inter vir. & uxor.* nec inter vivos facta, quæ morte confirmatur, *juxta l. res uxoris. l. donationes quas. C de donat. inter vir. & uxor.* quę etsi in modum donationis mortis causa valet, quinque tamen testium numerum non desiderat. Et quamvis donatio ista, quatenus donatio inter conjuges esset, jure non valeret, non tamen propterea remissio renunciationis liberis
263 prioribus facta invalida foret: cum † utile per inutile non vitietur, *l. 1. §. si stipulante. l. si ita stipulatus. 126. § fin. ff. de verb. oblig. c. utile de regul. jur. in 6. Joan. Petr. Surd. consil. 243 num. 35. Bartol. Alciat. Zas. Jas. in d. l. 1. §. si stipulante.* uti nec donatio 500. aureos excedens tota vitiatur, sed quoad excessum, *l. data. l. sancimus. versic. si quid autem supra legitimam definitionem. l. penult. §. si quis. C de donat. l. donationes. 25. versic. si usq; ad quantitatem legitimam C. de donat. inter vir. & uxor Franc. Vivius lib. 1. commun. opin. cap. 8. de donat. quæst 9. versic. clari iuris. Andr. Gayl. observat. pract. 39. lib. 2. Renier. Budel. de monet. & remonet. lib. 1. cap. 22. num 26 Julius Clarus §. donatio. quæst. 17. lib. 4.*

Quinimo in terminis nostris ejusmodi voluntate inter liberos manifestata, utile per inutile non vitiatur; sed si alia sit mixta persona, certum est, eam voluntatem, quantum ad illam duntaxat personam permixtam, pro nulla haberi, *d. l. fin. in fin. C. famil. ercisc.*

Sic etsi detur, inter virum & uxorem mutuam hereditatem pacto dari non potuisse, *juxta d. l. hereditas.* Hoc tamen non probaret, inutiliter & frustra in eadem scriptura pactum renunciativum liberis esse remissum: cum tot sint † pa- 264
cta, quot sunt res & rerum capita, de quibus convenit, *per l. 1. §. sed si mihi. l. scire debemus. 27. l. quod dicitur. 86. l. pluribus. 140 de verbor. obligation. l. quia dicitur. 32. ff de evictio. Anton. Gomez. tom. 2. variar. resolut. cap. 11. num. 16.* Et quod pacisci voluit, non autem testari, exordium evidenter ostendit.

Deinde, † quod dicitur, unumquodq; eodem 265
modo dissolvi, quo colligatum est, regulariter quidem ita se habet, in his, in quibus contrahendis aliquid de necessitate requirebatur: secus si ex abundanti, *Decius in d. l. nihil tam naturale. nu. 5. & Hieron. Cagnol. num. 7.* aut quando quid ad suam pristinam naturam revocatur, *ut d. l. si unus. §. pactus.* aut remissio sit juris pro remittente introducti, *l. penult. C. de pact.* vel à sola ejus voluntate atque arbitrio dependeat, *ut in l. penult. C. de pact.* Procedit enim regula hæc secundum communiter accidentia, & quod modus ille magis naturalis est; alioqui plures modi sunt liberandi ab eodem vinculo, quam obligandi, *gloss. in l. fere quibuscunq; & in d. l. nihil tam naturale ubi Cagnol. num. 11.* Ut autem solennis literarum obsignatio, ut autoritas aut consensus civitatis intercedat, & si quæ sunt alia, necessitate juris non requiruntur, sed saltem majoris fidei causa: ideoque in dissolvendo hoc pacto ejusdem Senatus consensus vel auctoritas non expectatur. Sic pactum renunciativum jurejurando confirmatum nudo dissensu & renunciatione, etiam tacita, patris remitti potest, ut supra probatum est: quia jusjurandum de per se ad hoc pactum non requiritur, sed ut firmius sit: ac denique quia à sola ejus voluntate, cui renunciatum est, dependet, utrum jure suo uti velit, nec ne: quam conditionem tacite quamlibet continere dispositionem Fernand. Vasq. *d. cas. 44. num. 9. & seqq.* tradidit. Sed nec consensus aliquis senatus transactioni & renunciationi adhibitus est, quasi necessarius ad substantiam conventionis, sed fidei ac testimonii causa; uti ex tenore instrumenti notum est.

Multo minus hic jus quoddam versatur publicum, sed totum privatum est, ut *d. l. jus publicum.* hic non quadret: uti nec id, quod *in d. l. scripturas. C. qui potior. in pign.* hic in considerationem venire potest. Nam hic non agimus de jure prælationis, aut jure tertii, quod facto patris non possit nec debeat immutari; sed de scriptura patris inter liberos quid disponentis, cujus persona liberis semper sancta & veneranda videbitur, ac cujus assertioni fidem habebunt, *l. final. C. famil. herciscund.* nec factum promissumve ejus impugnabunt, præsertim patri heredes exsistentes, *d. l. cum à matre. cum similib.*

Quin

266 Quinetiam † scriptura privata agnita, contra scribentem ejusq; heredem plene probat *Joseph. Mascard. d. conclus.* 109. *& conclus.* 1294. *num.* 2. præsertim si pater sit, *Doctores in d l fin.*

Sed nec illud movet, quod L. C. videatur in hoc pacto non de suis rebus tantum, sed bonis etiam mariti disposuisse. Hoc enim negandum est propter statutum M. omnium bonorum communionem constituens inter conjuges, ita ut dissoluto matrimonio duo debeant semisses fieri, & singulis singulorumve heredibus unus dari. Neque minus statutum, quam lex, quem dominum facere cum effectu potest.

Neque etiam pater hac remissione renunciationis sibi præripuit liberam testandi facultatem, *per l. final. C. de pact.* Imo vero multo magis hanc facultatem sibi amplificavit: neque tam est pactum de acquirenda vel repudianda, quam conservanda legitima successione, ut ideo ex veriore & receptiore Doctorum sententia, Georg. Natta *ad d. c. quamvis num.* 109 *&* 110. *§ fin. ibi Doctor. Instit. de legit. agnat. su cess. Alciat. num.* 55. *&* 56. *ad d. l. fin. ibid. Joan. Dauth. num.* 89. *versic. tum ex materia pacti. C. de pact.*

Suspectam facere hanc patris scripturam, vix liberis permissum est, cum eis religio esse debeat, patrem mendacii arguere, per jura ante recitata.

Est & nimis exigua causa, qua prætenditur, cum possit utrumq; verum esse, & quod in hoc pacto de augmento faciendo asseritur, id sibi reservasse, promittente idem quoque uxore sua senatorio ordini vel consuli: & tamen quod illa reservatio ac promissio instrumento renunciationis inserta non sit. Cur vero inserta non sit, ejus rei ratio hæc esse videtur, quod etsi nihil ejus sibi reservasset pater, tamen jure potuisset liberis legitimam augere, *argum. l. in re mandata. C. mandat.* & quæ tacite insunt, cum pro expressis habeantur, specialem expressionem non desiderant, *l.* 3. *ibi notat à Doctor. ff. de reb. cred si cert. pet.* Etsi itaque alias propter suspicionem falsi judex arbitrium

267 suum contra † instrumentum inclinaret, tamen illud hoc casu locum non invenit: quia causa suspicionis hic aut nulla, aut nimis exigua remota & dubia ostenditur. eam q; elidit præsumptio affectus paterni, *d. l fin. C. de curator. furios. Menoch. d. consil.* 6. *num.* 10. ac pietatis, qua ei liberi hi omnes æqualiter devincti sunt, *juxta l.* 2. *ibi gl. Bart. & alii, ff. de justit. & jur.*

Quod secundo objicitur, quod ea, quæ ad unum eundemq; finem disposita sunt, contrarium effectum operari non debent, huc accommodari non potest, cum apertissime constet *ex §.* zum andern. *juncto §.* zum dritten. *& §. seq.* non fecisse hoc pactum P. W. eodem fine, quo renunciationem sibi fieri anno 1574. curaverat: sed sub conditione liberorum ex se suaq; uxore, quam tunc habebat, natorum absolute & totaliter actores ad hereditatem invitat. Hæc conditio extitit, quia ex ea liberi nati ei non sunt. Nequit ergo illud pactum remissorium eundem operari effectum, quem pactum renunciativum: cum huic per illud derogetur: uti prolixe actores in actis ostendunt.

Quod autem P. W. nati sunt liberi ex tertia uxore, illud exsistentiam hujus conditionis impedire non potest, cum non generaliter hæc conditio posita sit, si sine liberis decedat: sed, sine liberis ex nobis utrisque natis, ut arguunt illa verba, Da vns der liebe Gott keine Kinder zusammen/ꝛc.

Vox enim, vns/ designat utrosque paciscentes conjuges, ut exordium, & §. zum andern. & sequentia palam probant: & ultra hoc evidentius & vehementius vox, zusammen/ urget, ut de liberis tantum ex utrisque, non ex alterutro conjugum natis accipiamus. Quos ergo P. ex tertia uxore suscepit, non possunt in hac conditione esse, quia qualitas in conditione posita, zusammen/ in eos non cadit. Qualitas † enim adjecta 268
verbo, vel substantive, illud qualificat, & ponit in diversa specie, *Hippolyt. de Marsil. singul.* 520. *Jason in l si quis posthumo. §. si filium. num.* 51. *ff. de liber. & posthum. Joan. Petr. Surd. consil.* 34. *num.* 43. *consil.* 131. *num.* 25. limitatq; dispositionem Felin. *consil.* 25 *num.* 23. & ex qualitate adjecta cognoscitur, quid veniat in dispositionem: ut cui ea adaptari non potest, id nec in ea comprehensum esse intelligatur, *Bartol. in l.* 4. *§. quotiens. ff. de damno infect. Felin. in c. nonnulli. num.* 102. *&* 104. *extr. de rescript. Joan. Petr. Surd. consil.* 45. *num.* 26.

Hinc illud retorqueri recte potest, quod dicitur, dispositionem quamlibet suis terminis esse contentam? Contenta sit ergo hic etiam hisce terminis, ut intelligamus, ob defectum illius termini, zusammen/ non defecisse, sed exstitisse conditionem.

Tollit omnem ambiguitatem *d. §.* zum andern. versic. soll solche Verbesserung. verb. So ferrn vns beyden der Allmächtige GOtt Leibsfrucht vnnd Kinder zusammen bescheret. Huic per adversativam opponitur hæc: Da vns aber der liebe GOtt keine Kinder zusammen bescheret. Utraque enim clausula de eodem liberorum genere differit, ut & ratio adversativæ & dispositio ipsa ostendunt. Vns beyden autem qualitatem hanc adjicere, qui sint ex P. & L. nati, exordium & totus contextus probant. Nequeunt ergo hic alii in conditione positi, in quibus conditio ista verificari possit, intelligi, quam hi soli, qui ex utroque hoc conjuge, non qui ex alterutro nati.

Non mutatur hoc ex eo, quod in §. Zum dritten. in fine, potestatem concedit superstiti, ut semissem bonorum, quem retinebit, inferat secundo matrimonio. Hoc enim intelligendum est cæteris paribus, & quatenus pactionis effectus non sit impedimento. Deinde, illatio illa non infert continuo liberorum priorum solidam exclusionem, & totalem inclusionem nascendorum ex hoc posteriore matrimonio. Nam & patri vel matri jure concessum est, omnia sua bona, omniaque lucra nuptialia secundo marito vel uxori inferre: at neque propterea hæc omnia liberorum fiunt posteriorum, vel mariti, neque liberi priores excluduntur à legitima successione: imo vero nisi ingrati sint, eam retinent, adeo ut † maritus vel 269
uxor posterior non plus possit retinere, quam uni liberorum relictum est, ut *in l. hac edictali. cum sequentib. Cod. de secund. nupt.* dispositum est.

Et

Et per consequens non potest videri de unico illo casu liberis prioribus provisum, maxime cum conditionis qualitas faciat, ut nequeat alter casus videri omissus vel exclusus, ut modo dictum est.

Quod porro tantum de augmento faciendo hoc pactum factum sit, verum non est, quia aliud ex *d. §.* Zum dritten/ constat.

270 De statuto & † renunciatione ante vidimus, quam nihil ad hanc rem faciant: negaturq; his liberis vel per statutum, vel per renunciationem patri factam aliquid juris acquisitum fuisse, quod patris facto adimi eis non potuit, *per d. l. fin. C. de pact. ibi Bald. num. 15. Decius in d. l. pactum dotali. num. 6. C. de collatio. Vasquius d. cap. 44. num. 9. 10. 11. & 12.* Neque huc allegata jura ex Tiber. Decian. *d. respons. 117. num. 21. Bald. ad d. l. cum à socero. Corne. d. consil. 68. Cravett. consil. 74. num. 1 Jason. d. consil. 113. Baptist. à Villalob. d. num. 33. & 34.* pertinere possunt, cum non agant de jure liberis à patre, sed aliunde, puta à matre, vel avo materno quæsito in re aut spe: At quæ ab ipso patre habebit, ei à patre interverti rursum possunt, *argum. l. in re mandata. C. mandat.* quia quamdiu pater superstes est, ad filios non pertinet, *d. l. qui superstitis. Doctores in d. auth. novissima. & in d. l. 1. C. de inoffic. donat.* Denique hæc jura quoque cessant, si patri liberi existant heredes, *per d. l. cum à matre. d. l. ea quæ. C. de restit. milit. & ç. Salyc. Cyn. Castrens. Bald. in d. l. cum à matre.*

Quo hoc etiam efficitur, ut argumentum ab affectu, quem creditur æque erga tertii, ut & secundi matrimonii liberos, si quos ex eo suscepisset, habuisse, hic cesset; prætertim quando certa qualitas hic adscripta liberis nascendis, reperitur *per verb.* vns beyden/ *& verb.* zusammen. Qua de causa non potest videri, vel in genere, vel in specie per finalem clausulam, vnd sich seines Antheils/ 2c. *in d. §.* zum dritten/ 2c. solis prospexisse postremis liberis, exclusis prioribus, ut modo indicabatur, & colligitur ex traditis à Tiber. Decian. *respons. 1. num. 130. volum. 1. & respons. 3 num. 7. & sup. volum. 2. facit l. unic. §. cum igitur. C. de caduc. tollend.*

271 Quod etiam dicitur, † enunciative posita non obligare, & restringenda esse, ut tertium non lædant, iisdem rationibus, quibus superiora infringuntur. Deinde hoc ita est, si contra alium, quam scribentem vel subscribentem probare debent. At contra scribentem ipsum plene probant, etiam verba enunciativa, *teste Mascardo. de probat. volum. 3. conclus. 1256 num. 4. Alciat respons. 9. num. 22. lib. 1. per l. optimam. C. de contrab. & committ. stipulat.* ubi verba, inquit Alciatus, enunciativa inter partes contrahentes probant in earum præjudicium.

Præsumptionem de non mutata priore voluntate evidentia facti & productio documenti paterni penitus elidit. In apertis enim non est locus conjecturis.

Quod dicitur denegavisse prioribus liberis plura desiderantibus, ab actoribus ita simpliciter non conceditur. Deinde denegatio ista non probat, quod nolit revocatam esse renunciationem; sed quod putavit, sufficientes dotes ac donatio-
272 nes propter nuptias accepisse. Nam † cum semel sit exstincta per renunciationem & consensus mutationem, *juxta d. l. fin. C. de pact. & ibi Bald. num 15. Vasq. d. c. 44. num. 9.* non potuit nuda hac variatione patris reviviscere, *per d. l. quæ res. §. aream. ff. de solutio.*

Idem de filio natu majore responderi potest, & quod quietationes illæ nullo alio fine datæ sint, quam ut testentur de dote vel donatione propter nuptias accepta, non velut de legitima, maxime paterna, sed saltem materna, *per ea, quæ scribit Wesemb. consil. 3. num. 25. Jas. ad l. unic. num. 6. C. de error. calculi.* Imo vero ex inæqualitate dotium & donationum propter nuptias colligitur, quod noluit, eos esse penitus ab hereditate sua exclusos, sed ut aliquando per collationem fiant æquales, *per d. l. cum oportet. § non autem. C. de bon. quæ liber. l. ut liberis. & seqq. C. de collat.*

QUARTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Quibus ita discussis, facile liquet, quid ab amplissimis & clarissimis arbitris statui debeat, nempe deductis iis, quæ liberi prioris matrimonii, veluti hereditatem maternam habebunt præcipua, quæque ejus generis sunt alia, duos semisses fieri debere, quorum alterum veluti maternam hereditatem præcipient liberi posteriores in hac causa rei; alterum liberi utriusq; matrimonii in viriles portiones, veluti paternam hereditatem, divident, compensatis expensis.

Ut enim liberi priores assignata sibi per transactionem & pactum postea secutum bona, veluti materna, præcipua habeant, summa postulat ratio, quæ eadem ratio hoc quoque hortatur, ut liberi posteriores semissem omnium bonorum, juxta statuti tenorem, veluti maternam substantiam capiant.

Alterum autem semissem, ut inter se omnes pro virili dividant, veluti paternam hereditatem, & naturalis ratio, & vera statuti sententia postulant, nec renunciatio impedimento esse potest, ut & nunquam fuit, per prius deducta. Inter hos etiam veniet nepos ex altera filia, ante patrem mortua: cui tanto minus potuisset renun-
ciatio † materna obstare, quod proprio jure ve- 273
nire possit ad avi sui hereditatem, *Castrens. consil. 54. volum. 3. Wesemb. consil. 11. Mynsing. respons. 33. num. 6. & 7. respons. 37. num. 19. & ç.* Neque audiendi sunt rei, qui distinguendum esse putant inter voluntariam & statutariam renunciationem, quia tunc persona una exclusa censentur omnes ex ea descendentes exclusæ, *argum. l. 1. ff. si quis aliquem testari probib. Bartol. in l. 2. §. videndum. ff. ad Senatusconsult. Tertullian. Andr. Tiraquell. de jure primogenit. quæst. 72. num 5. Andr. Gayl. pract. observat. 48. num. 4. lib. 2.* Nulla enim hic ejusmodi statutaria renunciatio & exclusio admittitur. Sed cum ea de re satis antea actum sit, non est, ut pluribus insistamus.

Cur † expensæ compensari debeant, ratio per 274
se manifesta est, quia utraque pars partim vincit, partim succumbit; ut ideo compensatio quædam sit constituenda, *per not. à gl. & Jas. ac aliis in l. propemodum. § fin. C. de judic.* nec utrinq; justæ causæ desunt, cur ad judicium provocatum sit; quo casu

casu parendum esse victis obtinuit, *per l. qui solidum. § etiam. ff. de legat. 2. §. oportet. Novell. de judiciis. Mynsing respons. 59. num. 57. & seqq.*

Deinde, compromissum quoque tacite hanc compensationem introduxit, quando vult, ut ex communi hereditate expensæ fiant: cui conventioni standum est, *per l. generaliter. C. de non numer. pecun.*

De domo am P. Marckt E. anno 87. 24. Martii, more solito à patre cessa; itemque de campo sive agro H. lis aliqua hic oritur, utrum hæc duo in divisionem venire debeant? Quod rei affirmant, actores negant. Etsi quidem inter filios
275 & filias bona † intestatorum parentum pro virilibus portionibus æquo jure dividi oporteat, *l. inter. 11. C. famil. erciscund.* æquum tamen est, ut voluntatem patris quocunq; modo declaratam arbiter familiæ sequatur, *l. filii. 16. in fin. l. si cogitatione. C. eod.*

Familiæ itemq; erciscundæ, vel communi dividundo judicio ita demum, si corpora maneant communia, agi posse, rescribunt Impp. *in l. familiæ. 9. C. communia utriusq; judicii.*

Ædes autem illæ am P. Marckt non mansere communes, sed anno 1587. Martii 24. per solennem cessionem apud acta à patre factam, solius E. propriæ esse cœperunt: quia voluit eas apud unam ex primo matrimonio genitam manere, hanc ob causam, quod & in illo matrimonio acquisitæ essent; & ut eo magis filiæ E. maneret, curavit, ut natu major filius anno 1591 jus suum, si quod in eas ædes cum pertinentiis haberet, sibi cederet in usum ac favorem prædictæ E. filiæ suæ.

Sic & ager der kleine H. sive der kleine Kamp für dem K. in subscriptione prædicti pacti, quo liberis prioribus renunciationem remisit, eidem E. adscribit, ac ad eam pertinere dicit. Quod patris testimonium infringere nefas est, cum nullus error prætendi possit, & quælibet voluntas patris sufficiat, *d. l. fin. C. famil. erciscund.* At rei contra protocollum, in quo cessio prædictæ domus describitur, erroris accusant, annotationemq; illam scribæ inversam atque obscuram esse: Partium enim parens non in casu directo, qui nominativus est, sed secundo obliquo, qui dativus dicitur, scribi debuit, omninoq; secundum nos ita intelligetur, ac si scriptum esset, tutores Elizabethæ filiæ cesserunt, sive dimiserunt P. W. domum ejus am P. M. sitam.

Cujus rei has afferunt rationes: quia extat in eodem libro publico, sub dato eodem cessio domus P. W. facta; ut ita una ex altera sit interpretanda: deinde absurdum est, patrem suas ipsius ædes, easq; unius & à se habitatas, plurimumq; dilectas filiæ ejusq; tutoribus cessisse, *argum. l. cum de indebito. ff. de probat.* & cur eandem filiam hac pretiosa domo ornarit, quam mille Joachimicorum dote elocavit: ita enim inæqualitas inter liberos odiosa induceretur, quod jure non facile admittetur, *l. illud. l. illum. C. de collatio. Cravett. consil. 225. num. 8. Andr. Tiraquell. de jure primogenit. quæst. 4. num. 1.* Filius etiam natu major anno 91. patri renunciationem quietationemq; de eadem domo fecit. Unde præsumptio est, idem ante quoque fecisse filiam E. imo vero actoribus ante nunquam in mentem venit, has ædes à patre petere. Quod ad pactum illud remissivum attinet, cum testium subscriptione careat, fidem non mereri, *argum. l. instrumenta. 5. l. seq. l. exemplo 10. C. de probatio.* Ergo nec hanc sequelam, *argum. l. quæ de tota. ff. de rei vendic.* Fuit tunc † tem- 276
poris quoque E. adhuc in potestate patris: ut ei propterea donare non potuerit; quia donatio nulla fuisset, *l. 1. §. 1. ff. pro dona. l. 2. § fin. ff pro hered.* ob id, quod pater & filiafam. pro una eademque persona haberetur, *§. ei vero. Instit. de inutil. stipulat.* nec concursus actionis & passionis in eadem persona circa idem ad idem eodem tempore per naturam toleretur, *l. frater à fratre. ibi gloss. Bart. Jas. Castrens. & alii. ff. de condict. indebit.* nedum per artem, quia ars naturam imitatur, *§. minorem. Instit. de adopt.* Pro quo facit etiam rescriptum Impp. *in l. si donatione. 13. C. de collat.* Si donatione, inquiunt, tibi (Antistiæ) post mortem patris fundum quæsisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is (fundus) filiæfam. constitutæ tibi (Antistiæ, hoc est, si tibi Antistiæ, dum vivo patre adhuc in ejus potestate patria esses) à patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra jura postulas. Quod & hic ad E. accommodabimus, cum non post mortem demum patris acquisivisset, sed à patre vivo donatam accepisset. Proinde do-
minii † translatio nulla est, absq; possessionis tra- 277
ditione, *l. traditionibus. C. de pact. l. divisionis placitum. 45. ff eod. §. per traditionem. ibi Docto. Instit. de rer. divis. gl. & Interpp. ad l. si fundum. 16. ff. de fund. dotal.* Nulla autem E. possessio tradita est: toto enim vitę tempore pater has ędes inhabitavit pro suis. Dominium ergo ad E. non transiit, & sic tam ædes, quam ager ille communes inter coheredes esse reperiuntur: ut locus maneat familiæ erciscundæ, vel communi dividundo judicio, *per d. l. familiæ 9. C. communia utriusq; judic.*

Verum hæc tanti momenti non sunt, ut propterea in reorū partes videatur concedendum. Nam etsi obscurum sit, nec satis exactis constet, utrum anno 87. & tempore pacti illius, cui subscriptum est, Jedoch gehört meiner Tochter Elsen der kleine Kamp für dem K. etc. E. fuerit elocata, & sic moribus Saxonicis, adeoq; communibus Germaniæ à potestate patria liberata, nec ne? & utrum pater possessionem deß kleinen Kamps usq; ad vitæ suæ exitum in manibus suis retinuerit, an tradiderit filiæ, ejusve tutoribus? Tamen cum cessio hæc in jure facta sit, coram
magistratu † & publico (ut loquuntur) libro, do- 278
minium etiam absque traditione corporali per hanc solennem quasi mancipationem & imaginariam traditionem transiisse in acceptantem filiam, ejusq; tutores non erit dubitandum, *argum. eorum, quæ tradit Ulpian. in fragm. tit. 19. & habentur in §. item si quis. ibi Joan. Schneidvv. num. 1. & 2. Instit. de rer. divis. l. 1. ibi gl. & Bart. C. de donat. l. quæ ratione. §. hæc quoq; ff. de acquir. rer. domin.* poteStq; pater videri retinuisse usumfructum, *juxta l. 1. C. de bon. matern.* & sic se constituisse vice filiæ possessorem, *secundum Andr. Tiraquell. de jure constit. possessor. Schneidvv. in d. § item si quis. in fin. Instit. de rer. divis.* Credendum enim est, patrem veluti accessionem maternæ legitimæ voluisse ad filiam pertinere:

nere: in qua tantum usumfr. habuit; tum jure civili, *juxta d. l.* 1. tum etiam ex speciali provisione per transactionem anno 1574. initam, per quam diserte sibi usumfr. in materna legitima reservavit usq; ad nuptias filiorum filiarumq;. Absurditas ergo hic nulla est, cum pater justam & honestam ob causam hanc cessionem in filiam fecerit, quia in primo matrimonio acquisivisset, neque absque causa dilectas has suas ædes inhabitavit, quas vivus quidem à nemine alio inhabitari voluit, post obitum maluit filiæ E. quam cujusquam alterius esse. Quod plane nullam habet utilitatem, ut ex descriptione absurdi apud Nicol. Eberhard. à Middelb. *in locis legalib.* notum esse potest.

Quod librum publicum arguunt erroris, frustra fieri in actis ostenditur: quippe committunt rei hac in parte manifestum paralogismum, confundentes has duas distinctas cessiones omnino distinguendas, eodem quidem die factas, sed de diversis plane ædibus. Nam quæ ædes scribuntur cessæ P. W. non sunt eæ, quæ sitæ erant am P. M. sed in der B. quæ fuere J. G. neque interfuisse illi cessioni scribuntur tutores E. filiæ, sed J. G. velut cedens, & P. W. ejusq; uxor uti cessionarii. Diversitas autem situs & nominum pluralitatem arguunt, diversitasq; personarum, diversitatem pluralitatemq; actuum.

Cessat hic quoque ratio dubitandi propter liberorum inæqualitatem, cum alia hæc sit quæstio, utrum domus & fundus debeant ingredi divisionem, utrum vero æstimatio eorum conferri debeat? Voluit pater omnino, ut hæ ædes & hic fundus apud filiam manerent; utrum gratis, an collata æstimatione, nunc non quærimus. Distinctæ hæ quæstiones confundendæ non sunt: & sufficit de patris voluntate constare, ut ædes ipsæ fundusq; ipse familiæ divisionem non ingrediantur; quæstione de inæqualitate metuenda in alium locum rejecta.

Qua mente & intentione prædicta cessio à filio natu majore facta sit, supra dictum fuit, & satis clare in arte exponitur. Et cum actus † agen-
279 tium ultra eorum intentionem non debeant operari, sitq; unusquisque ut verborum, ita actus sui circa res suas versantis interpres ac moderator, *argum l. si quis intentione. 66. ff. de judic. l. 3. l. 7. ff. de supellectil. legata. d l. in re mandata. C. mandati.* Utique huic declarationi standum est, donec aliud à reo probetur: idq; hoc casu inprimis hanc ob causam, quod actus hic cessionis subsequens præsumatur, à jure gestus in executionem præcedentis filiæ E. *per l. 3. §. verum. ff. de manumiss. l. si is qui putabat. ff. de acquirend. hered. Aym. Cravetta consil.* 191. *num.* 9. *Alciat. de præsumpt. regul* 2. *præsumpt.* 24. *num.* 1. *Joan. Petr. Surd. consil.* 202. *num.* 17. *& consil.* 241. *num.* 18.

Quod à vivo patre E. domum non petiit, in promptu causa est; quia usumfructum ejus sibi retinuit.

Pactum anno 81. factum, quatenus inter liberos, & de iis, quæ ad liberos pertinent, disponit, valere fidemq; mereri, antea probatum fuit: ut ideo etiam huic paternæ subscriptioni hac in parte standum sit eodem argumento à toto ad partem, *per d. l. quæ de tota.* & quod utile per inutile vitiari non debet. Hæc autem agri assignatio utilis sit & jure firma, *per d. l. fin. C famil. her. isc. cum aliis similib.*

Utrum in potestate adhuc fuerit, ut dictum est, ex actis non satis constat. Sed etsi fuit, hoc tamen † non prohibet, ut ædes ac fundus ex vo- 280
luntate patris apud filiam maneant, nec ipsa corpora (quod alioqui *secundum Bald. in l.* 5. *C. ad Senatusconsult. Macedon. Salicet. ad l. filia.* 18. *C. famil. erciscund. Petr. Costal. ad l* 20 *ff. famil erciscund.* fieri oporteret) in divisionem veniant, *argum. l. Pomponius Philadelphus. ff famil. erciscund.* Tametsi detur, æstimationem earum rerum inferre oporteret; secundum Johannis Glossatoris sententiam, de qua late Decius *ad auth. ex testamento. num.* 5. 6. 7. *C. de collat. Michael Graff. lib.* 2. *artic. collatio bonorum. quæst.* 20. *num.* 5. *versic. contrariam tenent.* vel potius in familiæ divisione communicari: quia velut profectitium mansisset in hereditate paterna, *Mich. Graff. d. artic. collatio bonorum. quæst.* 8. *num.* 3. Quod unum *per d. l. si donatione.* 13. *C. de collat. juncta d. l.* 3. *§. fin. ff. pro herede. & l.* 1 *§.* 1. *ff pro donato.* secundum Joannis sententiam obtineri posset.

Deinde, etsi simplex donatio † inter patrem 281
& filiamfam. quatenus est & manet profectitia, non consistat, si tamen publica auctoritate aut per cessionem curatoribus fiat: maxime vero intuitu peculii adventitii, seu bonorum maternorum, *argum eorum, quæ scribit Mich. Graff. d. artic. collatio bonorum. quæst.* 9. *num.* 6. hodie non dubitandum esse videtur, donationem valere, *Joan. Petr. Ferrar. Papiens. in pract. forma libelli pro herede vel re singul. verb. communiter. num.* 13. *in fin.* cum quo ad hoc † peculium, pater & filiusfam. pro una ea- 282
demq; persona non habeantur, *l. quod dicitur.* 130. *ibi Doctor. à sensu contrario. ff. de verb. oblig Mynsing. ad d. §. et vero. num.* 4. *Instit. de inutil. stipul. gl. ad l lis nulla. ff. de judic.* dominiumq; filiofam. recta acquiratur, salvo patre usufructu, *d. l.* 1. *l.* 2 *& tot. tit. C. de bon. mater. l.* 1. *l.* 3. *l. cum oportet. l. fin. C. de bon. quæ liber. §.* 1. *& seq. Instit. per quas person. nob. acquir. ubi Doctores late.*

Cessio denique † supplevit, quod corporali 283
traditioni abesse videri potest, moresq; civitatis vim legis habentes, *l. de quibus. ff de legib. l.* 1 3. *C. quæ sit long. consuetud.* procul dubio intercedente hac cessione cessionariæ dominium adjicere potuerunt, etiam absque traditione: cum lex & sic etiam consuetudo magis sit domina rerum nostrarum, quam nosmet ipsi.

QUINTÆ ET ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

DE † collatione tandem hic frustra quæri ex- 284
istimant rei, cum ea non sit, nisi cum coheredibus bonorumve possessoribus, *l.* 1. *in princ. §.* 1. *§. totiens. versic. si etiam judicium patris meruit. §. quod si ante. versic. ad collationem autem non admittit eum ff. de collat. bonor. l filia dotem.* 4. *l. filiam.* 16. *l. ut liberis* 17. *l. seqq. C. de collat. l.* 1. *l. fin. ff. de dot. collat.* seu inter solos coheredes, *Joan. Petr. Surd. consil.* 143. *num.* 41. *consil.* 361. *num.* 40. Verum enimvero jam ante prolixe ostensum est, neque statuto, neque renunciatione actores ab hac paterna successione repelli posse. Ideoque cum admittendi sint, non frustra hæc movetur quæstio.

Extra autem omnem controversiam est, ea quæ liberi priores à patre secundum transactionis tenorem in compensationem hereditatis maternæ acceperunt, quodq; maternæ huic legitimæ augendæ constat, liberalitate patris accessisse, in collationem non venire. Hæc enim non habent ex bonis & substantia patris, sed
285 matris, ut supra probatum fuit. Ut † autem filiis filiabusque data conferentur, necesse est, si conferri debent, ut ab eo data sint, de cujus hereditate agitur, & quidem ea mente, ut post non sint præcipua, *l. ut liberis. versic. de cujus hereditate agitur. C. de collat. Salicet. ad l. si emancipati. ad fin. C. de collat. Michaël Graff. lib. 2. artic. de collat. bonor. quæst. 10. num. 1. Tiber. Decian. respons. 22. num. 6. volum. 3. per l. quoniam novella. C. de inoffic. testam. Jas. in d. l. ut liberis. num. 6. Joan. Petr. Surd. consil. 219. num. 7. Anton. Thessaur. decis. Pedem. 46. num. 9.*

Nec dici possunt, hæc ex substantia patris profecta, quando veluti pretium maternæ hereditatis, & sic tanquam adventitium bonum, per transactionem acceperunt, *l. fin. C. de collat.* siquidem subrogatum naturam ejus, cui subrogatum est, sapit, *l. si eum. 10. §. qui injuriarum. ibi Doctores ff. si quis caut. judic. sistend. caus.*

286 Nec † impedimento est, quod *in l. filia. 4. C. de collation.* rescriptum est, dubium non esse, profectitiam seu adventitiam dotem à patre datam vel constitutam fratribus, qui in potestate fuerunt, à filia conferendam. Nam ut recte docet *gl. Castrens. nu. 2. versic sed oppono contra primum. Jas. nu. 2. ad d. l. filia 4* hoc per *l. ut liberis. l. fin. C. eod.* correctum est. Et licet sint, qui evitandæ correctionis causa *in d. l. filia.* nolint intelligere, dotem à matre, vel aliunde advenientem à patre solutam vel constitutam, sed propter benemerita filiæ datam; eamq; adventitiam & loci vocari, ut apud Decium, Jason. & alios *in d. l. filia. 4.* videre est, tamen vel eo intellectu extra casum nostrum vagari satis apertum est, neque efficiet, ut correctio *in d. l. ut liberis. d. l. illam. d. l. fin. C. de collation.* hic non debeat attendi.

287 Cætera vero, quæ † habent à patre, veluti patre, seu ut bona profectitia, regulariter in collationem veniunt, nisi ostendantur specialiter excepta, *per d. l. ut liberis. ibi Jason num. 6.* Ideo enim inventa & introducta est collatio, ut inter descendentes servetur æqualitas, & unus tantum consequatur de paternis bonis, quantum alius, *d. l. ut liberis. C. de collation. l. fin. C. commun. utriusq; judicii. §. illud. Novell. 118. de triente & semisse. Jas. in d. l. illud. in princip. C. de collation. Decius in authent. ex testamento. C. eod.* quod prolixe persequitur more suo Andr. Tiraquell. *de primogenit. quæst. 4.* hic in controversiam vocantur, de quibus quæritur, an à regula recedendum sit? Et quidem primo, utrum ab onere conferendi eximatur æstimatio ædium am P. Marckt / & fundi, deß kleinen Kamps für dem K. filiæ Elizabethæ concesso?

Secundo, utrum duo beneficia Ecclesiastica, quæ præbendæ vocantur, pro majore natu, & juniore filio comparata collationem effugiant; an potius impensæ pro eorum comparatione factæ in collationem veniant?

288 Quod † ad primum dubium attinet, secundum Johannem & Martinum non tantum donatio ob causam, sed & sine causa, seu simplex filio filiæve facta, sive filius filiave sit emancipatus emancipatave, sive in potestate constitutus constitutave conferri debet, *per d. l. si donatione. C. de collatio. Jas. in d. authent. ex testamento. & d. l. ut liberis. C. eod.* Idq; minus dubii putatur habere in filio emancipato, † quia statim illa donatio valet, & in legitimam imputatur. *Bart. ad l. 1. §. nec castrense. num. 11. versic. finaliter ff. de collat. Vitalis Nemaus. in tractat. de collat. quæst. 1. num. 5. & 6. Tiber. Decian. respons. 22 num. 10. volum. 2. Decius in d. auth. ex testamento. num. 8. C. de collat. Ferdinand. Vasq. de resolut. success. §. 19. num. 25. Michael. Graff. d. artic. de collat. bonor. quæst 20. num. 4.* Et licet olim inter suum & † emancipatum differentia fuerit, nempe ut quidem emancipatus suo, non hic vicissim emancipato conferat, *per d. l. ut liberis. C. de collatio.* hodie tamen cum nulla sit differentia, *l. illud. C. eod.* & constet, emancipatum simplicem donationem conferre, ne quidem suam posse collationem evitare, Johannes & ejus sequaces plurimi tenuerunt, *quos recenset Jason in d. auth ex testamento. num. 9. Alexand. & Castrens. in d. l. illud. Michael Graff. d. quæst. 20. num. 5. versic. contrariam tenent.* 289 290

Simplex autem hæc est donatio, † cum nulla necessitate cogente, sed solummodo hoc affectu facta sit, quia velit has ædes apud aliquem liberorum primi matrimonii esse, quam ut ad posteriores liberos pervenirent. At non quælibet causa in collationum materia facit, ut donatio sit ob causam, quæ collationem fieri impediat; sed evidens & magna, *Roder. Suarez. ad l. quoniam in prioribus. in declarat. leg. regni. in 5. quæst. num. 5. usq; ad fin. Aym. Cravetta consil. 114. num. 17. Decius ad d. auth. ex testamento num. 8. Joan. Petr. Surd. consil. 143. num. 17.* Itaque conferenda hæc donatio videtur. 291

Deinde, † etsi sint, qui tenent, imo regulariter simplicem donationem non conferri; sive filiusfamilias sit, quia cum in vita patris non valeat, *l. 2. §. fin. ff. pro herede. d. l. 1. §. 1. ff. pro donat.* sed morte demum confirmetur, vim relicti habet, ac proinde non computabitur in legitimam, neque confertur, *Bart in d. l. 1. §. nec castrense. num. 11. d. l. à patre. C. de collat. gloss. in l. quæ pater filio & l. fin. ff. famil. hercifcund. Vital. Nemaus. d. quæst. 1. num. 4. Decius ad d. auth. ex testamento num. 4. Decius ad d. auth. ex testamento. num. 4. & 5. Michael Graff. d. quæst 20. num. 5.* sive emancipatus, *Corne. Azo & gloss. in d. auth. ex testamento. Decius in l. illud. § fin. C. de collatio. Fernand. Vasq. de resolut. success. d. §. 19. num 24. Joan. Petr. Surd. d. consil. 143. num. 54. Michael Graff. d. quæst. 20. num. 4.* qui dicit, hanc esse de jure veriorem sententiam, *per d. l. ut liberis. juncta l. illud. & l. illam. in fin. C. de collation.* tamen hi sententiam suam hactenus veram esse agnoscunt, ut procedat, nisi aliud tempore donationis sit dictum, aut magna insurgat inæqualitas, *Bartol. post Angel. ad l. si emancipati. C. eod. Decius num. 6. Alexand. ad l. si emancipati. C. eod. Decius num. 6. Alexand. & Fulgos. in d. l. illud. in fin. per illum text. consil 617. num. 3. 4. 5. gloss. in l. quæ pater. ff famil. hercifcund. Joan. Petr. Surd. d. consil. 143. num. 16. Michael Graff. d. quæst. 20. num. 4. versic. contrarium. num. 5. versic. Fulgosius tamen.* 292

In hac

In hac facti specie, etsi nihil de patris dicto constet, magna tamen inæqualitas erit, si Elizabetha hæc duo corpora præcipua habere, nec ea, neque æstimationem eorum inferre debeat.
293 Inæqualitatis † autem evitandæ gratia sæpe à regulis juris receditur, & non conferenda in collationem deducuntur, *l. penult. §. fin. ff. de collat. bonor. Cravetta consil. 125. num. 7. Joan. Petr. Surd. consil. 219. num. 13. Cæsar Ursill. in addit. ad Matth. de Afflict. decis. 247. num. 4.*

Præterea odiosa hæc cessio videri non potest, ex quo constat, hoc per eam obtinuisse E. ut ipsa retineat ædes ac fundum, ne ad posteriores liberos per familiæ divisionem perveniat, collato saltem in medium pretio. Ut autem evitetur inæqualitas inter liberos, sufficit in aliquo operationem suam sortiri, licet nõ in omnibus, ad quæ extendi potuisset: cum & alias a-
294 ctus † taciti non sint ita late interpretandi, sicut expressi, *Jason in l. 3. ff. de reb. credit. si cert. petat. versic. sexto limita. Roland. à Valle consil. 98. num. 26. volum. 2.*

Denique amplissime hanc filiam dotavit, ut ideo non sit probabile, voluisse præter adeo amplam dotem, hanc quoque tam splendidam donationem præcipuam habere, ut evitetur suspicio inducendæ irregularitatis inter liberos.

Contra, si in collationem, vel ipsa corpora, vel æstimatio eorum veniet, cum nihil aut parum hæc cessio patrisque confessio proderit: imo actus plane inutilis & supervacuus fuerit,
295 necesse est, quod dudum non est, cum † nemo præsumatur voluisse facere actum elusorium, & qui nullum aut nimis exiguum produceret effectum, sed potius in pleniore interpretabitur operatione, *per l. quotiens ff. de reb. dub. l. 3. ff. de milit. testam. l. in testamentu. ff. de regul. jur. Tiber. Decian. respons. 1. num. 125. 126. 127. vol. 1.*

296 Quod autem supervacua & sine † effectu hæc esset cessio, filiæ facta, hoc vel inde colligitur, quod & alias in filiæ arbitrio fuisset, iis casibus, quibus ad collationem donatorum obligata esset, vel ipsa corpora donata, vel æstimationem eorum conferre, aut minus accipiendo, *per l. 5. C. de collat. ibi Bart. Jas. Riminald. Joan. Petr. Surd. consil. 219. num. 19.* Nam & re ficti collatio dicitur, si tantum tibi remitto, quantum teneor conferre; & idem, si nomen debitoris paterni tibi delegavero, vel fundum, aut rem aliam dedero pro parte bonorum, quam debeo conferre, inquit Vital. Nemans. *de collat.* ubi de personis & modo conferendi, *num. 24. versic. item & re. per l. 1. §. quamvis ff. de collat. bonor.*

297 Deinde inter omnes † convenit, sive Johannis & Martini, sive Azonis sequantur sententiam, sive distinguant inter emancipatum, & in potestate constitutum, semper cessare collationis necessitatem, si de voluntate patris donantis constet, quod rem donatam velit filii, vel filiæ præcipuam esse, etiamsi aliqua inæqualitas, fortasse nec exigua, inde inter liberos eveniat, *per textum in authent. ex testamento. Cod. de collation.* Et quamvis textus ille videatur loqui de prohibitione expressa, ut & Angel. *in §. illud. Novell. 18.* de triente & semisse intelligit, habet tamen locum tunc quoque, quando ex tacita & conjecturata disponentis vel donantis voluntate apparet, quod noluerit collationi locum esse, ut ex Baldo *consil. 210. colum. 1. volum. 1. per l. ex parte. §. testamento moriens. ff. famil. herciscund. Roman. num. 9. Alexand. num. 13. Fulgos. & alii in l. si emancipati. C. de collation.* probat Joan. Petr. Surd. *d. consil. 143. num. 18.* cum taciti & expressi par sit virtus, *dicta l. 3. ibi Decius, Jason, & alii. ff. de reb. credit. si certum petat.* ac proinde pro expresso habeatur, quod intelligitur ex mente & intentione disponentis, *l. prætor. §. 1. ibi gloss. Bartol. Jason. Alexand. ff. de novi operis nunciat. Menoch. consil. 95. num. 35. 36.* prolixe in terminis nostris Joan. Petr. Surd. *dicto consil. 143. num. 19. 20. & 21.* Idque non solum procedit, si per modum ultimæ voluntatis pater hoc egit, sed & inter vivos, & præsertim in ipso donandi actu, *per d. authent. ex testamento. Michael Grassus d. quæst. 20. num. 4. 5. juncta quæst. 10. num. 1. Castr. in d. authent. ex testamento. num. 2. per l. illud. in fin. C. de collatio. Bartol. in d. l. 1. §. nec castrense. num. 11. versic. licet autem dixerim per l. si quando. §. & generaliter. C. de inoffic. testam. Decius ad l. illud. num. 6. C. de collatio. Aym. Cravetta consil. 85. num. 1. Joan. Petr. Surd. d. consil. 143. num. 16.*

Mens autem patris, quod voluit has ædes & hunc fundum præcipua esse filiæ, multis modis colligitur: tum ex geminatione actus, & quod anno 1591. curavit, ut natu major filius juri suo, quod in his ædibus habebat, per publicum actum renunciaret in favorem sororis suæ E. tum etiam quod ei hæc, veluti propria ejus allodia adscribi curavit: ædes in libro publico, itemque fundum, den kleinen Kamp für dem K. propria manu proprium filiæ esse testatus est, in fine pactorum, anno 81. celebratorum. Nam ex ejusmodi appellatione, addictione, & commissione in proprium allodium, seu in liberum ac proprium bonum fortissime hanc patris intentionem ac mentem intelligi, quod conferri tale donatum a se nolit in terminis, respondit Johan. Petr. Surd. *d. consil. 143. num. 22. 23. & 24.* Cui præsumptioni tanto magis standum est, quia in his donatis rebus pater ipso actu retinuit sibi usumfructum ad dies vitæ suæ: ut si in collationem venire debeant ipsa corpora, vel eorum æstimatio nullam attulisset utilitatem filiæ hæc cessio & donatio. At ex ejusmodi judicio recte colligi, mentem patris donantis non fuisse, ut filia conferret, sed præcipuum id, quod ei donasset, haberet, egregie in terminis nostris collegit Johan. Petr. Surd. *d. consil. 143. num. 32. versic. quinto considerandum est. & num. 33.*
Cum quilibet † actus & quælibet dispositio ita 298
interpretari debeat, ut non appareat actus elusorius, vel elusoria dispositio, *per l. prætor. ff. de judic. l. fin. ff. ne quid in loco public.* adeo, ut & in pœnalibus, ut dispositio non reddatur elusoria, extensio admitti debeat, *c. si civitas. de sentent. excommunicat. in 6. Jason ad l. talis scriptura. num. 55. de legat. 1. Menoch. consil. 37. num. 120. consil. 80. num. 37. & consil. 41. num. 22.*

Quinimo expressum † censetur id, in quo 299

Hh 2 solo

solo dispositio verificari potest, *l.2. ff. de posthum. & liber. Johan. Petr. Surd. d. consil. 143. num. 30.* Ex quo ibidem infert, quod licet in generali renunciatione non veniat fideicommissum conditionale, tamen quando renunciatio non potest in alio jure verificari, censentur partes fideicommisso renunciasse, *Bartol. in l. qui Romæ. §. duo fratres. in 6. quæstio. ff. de verborum obligationib. Cravetta in respons. pro genero. numero 343.* Sic & hic cum prædicta cessio in nullo alio, quam collatione evitanda verificari possit, ut effectum habeat, interpretanda sic est, quod per eam pater filiæ remissam esse velit conferendi necessitatem.

Nec facessit negotium, quod amplissime eam dotavit: quia non ignoravit teneri eam quidquid, veluti maternam substantiam, seu id, quod vice maternæ substantiæ ex transactione accipere debuit, non habet, neque etiam, quod ut augmentum maternæ substantiæ accepit, in collationem deducere; quia ex paterna substantia profectum sit.

Cum itaque in jure hoc eam gravatam videret, & tamen præter cæteros suos liberos honoratam voluit, ut ædes & fundum non conferat, & sic in hoc altero sublevetur. Et nisi ita interpretemur, non satisfiet voluntati & intentioni defuncti, qui omnino voluit, filiam aliquid amplius, quam cæteros liberos habere.

300 Disputatio de † donatione simplici conferenda satis anceps est, ut vix appareat, in quam partem inclinandum sit, ita ut haud inique arbitri facturi sint, si rusticanam collationem sive divisionem sequendam esse putaverint, *secundum Cravettam consil. 617. num. 7. in fin.* maxime cum hic evidentissime appareat, non posse dictas ædes & fundum absolute & simpliciter in collationem revocari, propter conjecturam & prope indubitatam patris voluntatem.

301 Denique etsi hunc fundum & hanc † domum illa præcipuam retinet, nec conferat, proptérea tamen cæteri non patiuntur aliquam in legitima sua jacturam, sed eam non tantum accipiunt integram, verum etiam longe majorem partem, ut ideo de ea querelam inofficiosæ donationis movere non queant, *juxta l. 1. & tot. tit. Cod. de inofficios. donatio.* sed potius patris factum, veluti heredes, ratum habere debeant, *d. l. cum à matre. d. l. penultima. Cod. de restitution. milit. in integrum.*

Qua consideratione omnia illa, quæ dubium movere videbantur, tolluntur, ut per se ex supradictis liquet, quæ repetere operæ pretium non est, ne actum agere videamur.

Restat, ut quid circa præbendas filiis comparatas statuendum sit, videamus.

Sed & hic prima fronte dicendum videtur, filios non posse illas, vel certe pecuniam illam, qua comparatæ sunt, præcipuam habere: atque ideo in collationem venire.

Liquido enim constat ex pactis dotalibus filii natu majoris H. W. quæ fecit cum C. S. 1. Februarii, anni 1592. quod pater ei præbendam, seu potius 600. aureos in præbendæ Hamelensis comparationem expensos in donationem propter nuptias imputavit. Omnia autem illa, † quæ in donationem propter nuptias filio 302 dantur vel conceduntur, veniunt in collationem, *l. ut liberis. 17. l. illam. 19. l. illud. 20. C. de collatio. l. ult. C. commun. utriusq. judic.* quia & in legitimam imputantur, *l. quoniam novella. 29. C. de inofficios. testament. Roland. à Valle consil. 44. numer. 26. volum. 4. Michael Graff. d. artic. de collat. bonor. quæst. 18. num. 1.*

Deinde eadem pacta dotalia & multa alia testantur, patrem emisse hanc præbendam & alimenta ad studia, & alia vitæ necessaria: Ejusmodi autem, quæ loco legitimæ † conceduntur filiis, in collationem veniunt, quia legitimæ imputantur, cujuscunque tandem conditionis sint, *per l. 1. §. nec castrense. & §. seq. ibi Bartol. num. 4. ff. de collatio. bonorum. d. l. quoniam novella. l. omnimodo. §. imputari. C. de inofficios. testament.* Ergo etiam hæc pecunia in emptionem hujus præbendæ expensa, conferenda est, *per l. penult. versic. & omnia, quæ in quartam. Cod. de collatio. Novell. 18. cap 16.* 303

Tertio, † quemadmodum quamcunque aliam dispositionem & conversationem finis & intentio disponentis distinguit, *l. aut facta. versic. causa. ff. de pœn. l. verum est. 39. ff. de furt. l. qui injuriæ. ibi Bald. C. de injur. l. 1. §. si quis servum. §. seq. §. idem Pomponius. ff. depositi. l. 8. ff. mandati. Cravett. consil. 436. num. 11.* 304

Ita etiam, utrum quid in peculium castrense vel profectitium aut adventitium concessum sit, distinguere necesse est, *argum. eorum, quæ tradunt Decius & Jason in d. l. filia. 4. C. de collatio. Johan. Petr. Ferrar. in forma libelli pro hered. vel singul. divid. verb. communiter. num. 13. in fin. versic. an dederit, ut haberet in peculio profectitio, vel adventitio, aut castrensi, vel quasi castrensi: facit responsum Papiniani in l. dotem. 16. ff. de castrens. peculio. & rescriptum Imperatoris Alexandri in l. 1. Cod. de castrens. peculio milit. libro 12.*

Cum itaque pater hanc præbendam non eo fine filio concesserit, ut in peculium quasi castrense habeat, intelligitur concessisse in peculium profectitium, aut saltem quoddam adventitium, pro modo & distinctione Decii atque Jasonis *in d. l. filia. 4. C de collation.* Profectitia † autem nec non ejusmodi adventitia à patre donata, cujusmodi Decius & Jason *d. loco* denotant, in collationem veniunt, *per d. l. ut liberis. d. l. penult. C. de collat. Bartol. in d. l. 1. §. nec castrense. num. 4. & 11. per l. si donatione. C. eod. l. final. C. commun. utriusq. judic.* cum legitimæ imputentur, *per d. l. final. & d. l. quoniam novella.* 305

Tertio, apertus hac de re textus esse censetur *in d. l. omnimodo. §. imputari. C. de inofficios. testament.* ubi Justinianus illa quoque in legitimam imputari vult, quæ occasione † militiæ ex pecuniis mortui acquisita sunt, eo quod talis sit militia, ut vendatur, vel mortuo militante certa pecunia (quæ casus militiæ appellatur *in Novell. 53. cap. 6.*) ad ejus heredes perveniat. Debet ergo & conferri, *per d. l. penult. versic. ut omnia, quæ* 306

in quartam. Sed hæc præbenda talis est. Ut enim empta est ita & vendi potest, & quidem magno pretio: quod ex parte actoris non videtur urgeri.

307 Cui † quarto accedit communis Doctorum doctrina, *in d. l. omnimodo. §. imputari. de qua Fernand. Vasquius latissime lib. 3. de success. creat. §. 30. ad d. §. imputari. §. 202. & seqq. Bartol. in d. l. 1. §. nec castrense. num. 11. Roland. à Valle consil. 11. volum. 2. num. 1. 2. 3. 4. & seqq. Johan. Petr. Ferrar. in d. libello pro hered. & re singul. divid. verb. communiter. versic. 14. & 15. M. Anton. Peregrin. articul. 36. num. 150. Cravetta consil. 136. Ripa in l. in quartam. num. 163. & seqq. ff. ad legem Falcid.* fundata *in d. l. omnimodo. §. imputari.* nempe omnia officia, quæ aut vendi, aut in heredes filii transmitti possunt, imputanda esse in legitimam, etiamsi in venditione Principis aut Papæ consensus necessarius foret, dum tamen de facili posset obtineri.

Constat autem, hujusmodi præbendas ad S. B. H. emi & vendi posse: Et quamvis Principis consensu opus sit, tamen facile impetrari honorario aliquo dato vel oblato, expeditum est.

Quinto, hac de re in terminis dicitur, exstare † responsum Rolandi à Valle *in d. consil. 11. numero 10. & seqq. volum. 2.* qui respondit, 1000. aureos, quibus emptum erat officium militiæ S. Pauli in curia Romana, aut certe militiam ipsam, quam rursum vendi potest, in collationem venire, per prædictam Doctorum doctrinam. Quod & de militia scriptoria S. Petri curiæ Romanæ jam dudum responderunt & docuerunt Bartol. *in d. l. 1. §. nec castrense. num. 11. Bald. Cyn. & Jason in d. l. omnimodo. §. imputari.* & alii à Vasquio allegati. Idem tradit, multisq; corroborat Vitalis Nemauf. *de collation. quæst. 27. & 28. Michael Graff. d. articul de collat. bonor. quæst. 18. num. 1. & 3.*

308

309 Sexto, † emptio illa præbendæ speciem donationis habet, *l. si filia. 18. ibi Doctores C. famil. herciscund.* Donatio autem conferenda est, sive filius sit in potestate, sive emancipatus, ut evitetur inæqualitas, *d. l. si donatione. d. l. ut liberis. d. l. penult. in fin. ubi Doctores C. de collation. Hartman. Pistor. lib. 2. quæst. 38. num. 63. 64. & seqq. Cravetta d. consil. 617. num 5. 6. 7. cum similib.* præsertim quando simplex non est, sed ob causam ac statim ab initio valet: ut hic valuisse præsumendum est, neque pro simplici habenda, *per ea, quæ respondit Roland. à Valle consilio 44. & consilio 70. volumine 4.*

Septimo, nisi natu major filius concedat,
310 hanc pecuniam, † qua Canonicatus ille emptus est, veluti rem patrimonialem, in collationem venire, vix & ipse & pater ejus evitabunt crimen Simoniæ, vel certe confidentiæ Simoniacæ crimen, *secundum Flamin. Paris. de confident. benef. quæst. 1. nu. 43. 44. 45. 46. & seqq. & quæst.*
311 *3. nu. 2. 3. & seqq.* Et certe ea semper † interpretatio quærenda est, quæ delicto careat, seu quæ delictum excludat, præsertim adeo famosum & execrandum, *Bartol. late ad l. non solum. §. sed ut probari. ff. de oper. novi nunciat. Aym. Cravetta consil. 386. num. 3. consil. 595. num. 11.*

Octavo ex prædictis dotalibus pactis, itemq; ex filii majoris quietatione constat, patrem hoc beneficium à se redemptum, filio contemplatione matrimonii concessisse. Donatio † au- 312
tem facta contemplatione matrimonii, ob causam esse dicitur, idq; Roland. à Valle *consil. 44. & 70. volum. 4.* late deducit, sustinetq; vicem donationis propter nuptias, in cujus vicem subrogata est: & ideo confertur, ut arguit Beccius *consil. 20. num. 26.*

Nono idem vehementius urgere videtur ratio conservandæ æqualitatis inter liberos, *juxta dictam. l. ut liberis. C. de collation. d. l. final. C. commun. utriusq; judic.* Cujus gratia, † ut & supra dictum 313
est, sæpe ea conferenda sunt, in quibus alias non esset locus comparationi, *per dictam l. penult. in fin. C. de collation. Bartol. in dicta l. 1. §. nec castrense. num. 11. versic. fallit in tribus casibus. Cravetta consil. 125. numer. 7.* Ergo, etsi hæc pecunia vel præbenda in ea causa esset, tamen conferri hoc casu deberet, ut nimia evitetur inæqualitas inter liberos primi & posterioris matrimonii.

Cui decimo etiam expressa patris, nedum tacita voluntas adstipulatur: cum hoc ipso, quod in donationem propter nuptias hanc summam dedit, & pro filio pecuniam solvere noluit, nisi intercedente quietatione, qua confessus est solvisse pro se patrem absque ulla necessitate ex mera gratia & affectu paterno, hoc egisse videatur, ut in collationem veniat.

Voluntatem autem ejus, † cujus heres esse 314
vult, observare & sequi tenetur, *juxta regulam juris in l. ex qua persona. ff. de regul. jur. l. si cui. ff. de condit. & demonstrat.*

Sed & alias à solius voluntate ejus parentis, cui succedetur, dependet, an donatum vel comparatum filii causa conferendum sit, nec ne? *per d. auth. ex testamento. ibi Doctores C. de collation. cum aliis supra allegatis.*

Sed nec his obstantibus, quamvis plurimum urgeant, contraria sentententia, ut verior, sequenda est, quod neque præbenda ipsa, neque æstimatio ejus, neque pecunia pro comparanda ea, expensa, aut quæ rursum ex ea redigi potest, conferenda sit.

Quod de præbenda ipsa ejusque æstimatione tanto minus dubii habet, quod ea neque in patrimonio Canonici sive possessoris sit, neque æstimationem veluti res Ecclesiæ & Deo sacra recipiat, ut ex præcedentibus autoribus clarum esse censetur. Et hoc amplius, quod † bene- 315
ficium Ecclesiasticum in bonis clerici non sit, sed in bonis Ecclesiæ, ac sola administratio pertineat ad possessorem beneficiorum, *probat c. cum olim. extr. de rer. permutat. c. majoribus. c. avaritia. extr. de præbend. c. autoritate. extr. de institut. Doctores in l. præses. 12. C. de transaction.* & quod † æstimatio- 316
nem non recipiat, constat *ex cap. 1. c. si quis presbyterorum. c. ut super. c. possessiones. extr. de rebus Ecclesiast. non alien. l. jubemus. C. de sacrosanct. Eccles. c. hoc jus. §. qui res. 10. quæst. 2.* & instar rei, quæ est Cæsaris, *Hostiens. in summa, de rebus Eccles. non alienand. numer. 2.* cujus ut nulla est alienatio, ita nec æstimatio, *l. apud Julianum. §. final. ff. de legat. 1.* Inæstimabilium autem nulla collatio est, ut nec

prædii Augusti: ergo nec præbendæ, *Alexand. ad dictam l. in quartam. num. 13. in fin. versiculo item in quartam. ff. ad legem Falcid.* Sed & ea † tantum con-
317 ferenda sunt, quæ tempore mortis in patrimonio heredis sunt, quæque in hereditate defuncti futura fuissent, si in statu suo donatarius permansisset, uti ex definitione collationis apud Vital. Nemausf. *part. 1. de collatio. num. 2. per l. 3. ff. de collatio. bonor. l. filia. l. illam. C. eod.* colligitur. Præbenda autem patri, ne ab initio quidem quæsita est, ut in ejus esset bonis, neque filius in potestate ejus manens, ei acquisivisset: ut late ostendit Cravetta *consil. 322. per tot.* Ideoq; in collationem non cadit.

Idem ex prædicta Doctorum doctrina *in dicta l. omnimodo. §. imputari.* colligitur. Addunt e-
318 nim: Ea † autem, quæ nec vendi, nec ad heredes transmitti possunt, veluti beneficia Ecclesiastica, Canonicatus & præbendæ (ita in specie in beneficiis Ecclesiasticis, *M. Anton. Peregrin. d. articulo 36. numer. 130. de fideicommiss.* exemplum proponit,) hæc non imputabuntur in quartam: ergo nec debent conferri, *Baldus, Cynus, Castr. Jason, Alexand. Salycet. & omnes in dicto §. imputari. Vasquius dicto numer. 102. 103. & sequentib. Ripa in dicta l. in quartam. numer. 169. Cravetta dicto consilio 136.* Et quod hæc, ut non transmissibilia & inalienabilia non imputantur in quartam, nec conferuntur, consuluit late Calcan. *consil. 74. colum. 5.*

319 Imo † vero nec expensæ pro iis obtinendis & persequendis factæ imputantur & conferuntur, *Nicolaus Boër. decisione 14. numero 3. allegans Baldum, Angelum, Castrens. Jasonem in d. §. imputari.*

Idque tanto magis, quia si hic coheredes considerare velint, pecuniam à patre expensam, vel ex venditione præbendæ rursum redigendam, manifestissimam incurrerent simoniam, & illicitam ac simoniacam confidentiam, & quidem respectu præteriti veram ac realem, respectu futuri actus mentalem omni jure prohibitam, utpote manifestum peccatum habentem, *Flamin. Paris. de confident. benefic. dicta quæstione 1. numero 45. 46. & multis sequentib. præsertim numer. 54. 56. 57. & sequentib. per c. querelam. cap. si diligenti. cap. venies. ibi Doctores extr. de simonia. cap. super eo. extr. de transaction. cap. ex parte. extr. de offic. delegat. Innocent. ad cap. cum universorum. extr. de rerum permutat. Didac. Covarru. lib. 1. variar. resolution. cap. 5 Johan. Caraf. de simonia mentali. numero 62. & sequent. Anton. Gamma. in extravag. Julii secundi de simonia.*

320 Est enim simonia † voluntas & studium emendi vendendive spiritualia, vel spirituali annexum, ut sunt reditus Ecclesiastici, & Canonicæ portiones, *secundum gloss. in summa, 1. quæst. 1. Canonista ad rubric. extr. de simonia. Flamin. Paris. in tractat. de resignat. benefic. libro 14. quæstione 3. numero 3.* Et si quidem consuetudo, quæ à reis prætenditur, si probata esset, à culpa punibili, & sic pœna simoniæ excusaret, *secundum Zabarell. consilio 121. colum. 2.* uti etiam consuetudo retinendi plura beneficia incompatibilia à pœna excusat, *cap. 1. de consuetudin. in 6. ibi gloss. Lambert. de jure patronat. part. 1. libro 2. articul. 15. quæstione 7. numero 5. Flamin. Paris. dicta quæstione 5. numero 28. & 29. per cap. flagitia. 32. quæstione 7. gloss. in cap. deniq. distinct. 4.*

Audiendi † autem non sunt, qui in propria avaritiæ prohibitæ turpitudine fundant, ac pro se, quod jure prohibitum, & sic turpe est, allegant, *l. 12. ibi gloss. Petrus Costal. & alii ff. de condictio. ob turpem causam. l. 4. Cod. eodem. l. transactio. l. si creditoribus. Cod. de servo commun. pignor. dato. cap. inter dilectos. Cod. de fide instrument. cap. cum super. Cod. de concessio. prabendar. Tiberius Decian. responsf. 18. numero 189. volumine 1.* præsertim cum certent rei de lucro, per collationem captando, non autem de damno vitando: quo solo casu, quando excipiens de damno vitando certat, is per exceptionis modum exaudiri potest adversus eum, qui lucrum captare ex fraude sua satagit, *secundum Bartolum in l. jusjurandum, quod ex conventione. §. final. ff. de jurejurando. Roland. à Valle consilio nonagesimo tertio, numero septimo, volumine 1.* 321

Et † eo minus rei sunt audiendi, quod per hanc intentionem suam conantur, filium præbendam habentem in hoc crimen simoniacum, non solum mentale, sed & reale præcipitare, & quasi invitare, quod passurus sit per desideratam collationem, compensandi ac reficiendi causa magni vendat, vel resignet, & ita alios etiam ad simoniacam confidentiam beneficialem inducat. Quod cum jura superius allegata, & quæ Flamin. Paris. *dicta quæstione 1. numero 154. ac passim in tractatu de confident. benefic. nec non etiam in tractatu suo de resignat. benefic. libro 14. cap. ult.* deducit, vehementer improbent, nequaquam hæc concedenda erit collatio, ut anceps delictum evitetur. 322

Nec denique eam venditionem militiæ in consideratione habere oportet, quæ fit illicite, sed quæ licite: Ita enim *dicta l. omnimodo. §. imputari.* & Doctorum doctrina eo loci tradita exaudienda est: cum ea, quæ illicite, † & 323 contra jura legumque prohibitionem, bonosque mores sunt, ne quidem facere nos posse, credendum sit, *§. 7. ibi Wesembec. & alii. Institut. de jure personarum. l. non dubium. Cod. de legibus. l. si stipulor. 35. l. stipulatio hoc modo concepta. 61. ff. de verborum obligationibus. l. 7. §. ait prætor. §. sequent. l. & generaliter. l. si unus. §. pacta quæ turpem. l. sequent. l. jus agnationis. ff. de pactis. l. nec ex prætorio. ibi Doctores, ff. de regulis juris.* cum illud tantum non posse putemus, quod salva pietate, existimatione, & verecundia facere possumus, *l. filius. 15. l. quidam in suo. 27. ff. de conditio. institut. l. nemo potest. 55. ibi Doctores ff. de legat. 1. l. 3. §. pro illo. ff. pro socio. Baldus ad l. 2. in 2. lectura. ff. de his, qui sunt sui vel alieni juris. Jason in l. more. numero 1. ff. de jurisdictione omnium judicum. gloss. in l. in re mandata. C. mandati.*

Quemadmodum ergo illiciti, † velut ejus, 324 quod de jure impossibile est, nulla est obligatio, ita nec collatio; quia nec in familiæ herciscundæ judicium veniet, *l. 4. §. 1. & 2. ff. famil. hercisc.*

hercisc. Ideoque nec officium judicis, quod circa collationnm obtinet, *leg. si soror. C. de collation. Vital. Nemausi. in d. tract. de collation.* ubi de personis, *num. 25. in fin.* intercedere potest, & jubere eiusmodi rei illicitæ collationem fieri, *per d. leg. 4. §. 1. & 2. cum ibi annotat. ff. famil. hercisc. un.* Nam ubi cessat familiæ hercifcundæ arbitrium, ibi & officium judicis collationem promovens, *per leg. cum principalis. ff. de reg. iur.* & iuxta pervulgatū axioma, cessante caussa cessat caussatum.

Præterea pecunia illa, quam pater expendit, nunquam ad filios pervenit, nec unquam in bonis eorum fuit neq; et nunc est, sed pater præstitit veluti honorariū, ut collationem impetraret.

325 Quod autem ad filium † non pervenit, neque eius factum est, frustrà conferri intenditur: cum non entis nullæ sint qualitates, *d. leg. neq; natales. C. de probation.* & collatio nihil aliud sit, quàm rei propriæ in commune contributio, *gloss in Rubric. ff. de collat. bon. Bartol. in leg. Pater filium. num. 1. ff. de collat. dot. & in leg. si emancipati. quæst. 1 C. eod. Vitalis Nemaus. de collat. part. 1. num. 2. 3. & 4. Johan. Petr. Surd. consil. 219. num. 8.* ut cui definitio non competit, ei nec definitum possit applicari, secundum Eberhard. *in loco à definitione.* Non enim tenetur quis conferre, quod ipse non, sed alius habet, *ut ait Johan. Pet. Surd. d. consil. 219. num. 7. in fin. l. 1. de collat. dotis.* Qua de caussa, pecuniam illam, quam pater pro consensu & consequendis his præbendis expendit, in collationem inferre filii illi non tenentur.

Deinde nec illud hi filii W. in bonis habent, quod fortasse ex prava consuetudine in præmium resignationis consequi possent, estq; planè incertum. Quid enim, si antequam resignatio fiat, mors interveniat? Resignationis præmium nullum erit.

326 In collationē † autem veniunt tantum ea, quę tempore mortis sunt in bonis filii, *leg. ea demum. ubi gloss. Bart. Castr. Jason, Decius, C. de collation. Joh. Petr. Surd. consil. 219. num. 10.* non etiam quæ in bonis eius nondum sunt, licet aliquando esse possint; ut si dos sit apud filiam, necdum ad patrem reversa, quando de avi hereditate quæstio est, *leg. pater filia. ff. de evictiom. leg. 1. § final. ff. de collation dot. Ruin. in repet. l. in quartam. num. 61. & ibid. Ripa num. 203. ff. ad leg Falcid. Alciat. de præsumpt. regul. 1. præsumpt. 17. num. 4. vers. quid dicendum, Johan. Pet. Surd. consil. 261. nu. 25. 26. 30.*

327 Quamvis autem id, † quod sub conditione debetur, in collationem veniat, ex quo conditio retrotrahi potest, puta si quis sub conditione stipulatus sit, *Jason in d. l. ita demum. nu. 1, post Cyn. & Bald ibid. per l. 1. § id quoq; §. sed si sub conditione. ff. eod.* Illud tamen hoc casu nostro locum habere non potest, cum nihil pro resignatione ab aliquo promissum sit, neq; etiam ita in spe sit, ut si aliquando eveniat, retrotrahi possit, ad tēpus superstitis patris: Ideoque eius in hac collatione nulla ratio haberi potest, *secundum Vital. Nemaus. in tract. de collation. ubi de personis, num. 21. versic. secus in conditione.*

328 Quinimò id solum in † collationem venit, quod vivo patre à filio acquisitum est, non etiam quod post mortem eius filius acquirit, *leg. si donatione, l. nec emancipati. utroq; loco Doctores, C. de collation. Vital. Nemaus. d. tractat. de personis, num. 21. versic. quia tunc non retrotrabitur.* Sed quod filius potest aliquando præmium pro resignatione capere, ita comparatum est, ut illud demum filius sibi post mortem patris acquirat. In collationem ergò non veniet.

Exstat porrò † expressius juris textus, *in dicta l. 1. § nec castrense ff. de collat. bonor.* quo cavetur, non teneri quem peculium castrense fratribus conferre: cum hoc præcipuum oporteat eum habere. Sed & id, (inquit Jurisconsultus) quod dignitatis nomine à patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune non tenetur: Hoc enim propter onera dignitatis præcipuum eum habere oportet. 329

Præbenda, † cum clericatus caussa à patre filio sit quæsita, quia dignitatis clericalis gratia comparata sit, non dubitatur. Præcipuam ergo hanc præbendam non minus quam pecuniam illam habebit. Nam quælibet præbenda per se aliqua dignitas est, ut & clericatus, *Felyn. in c. ecclesia S. Mariæ. colum 2. extr. de constit.* licet non omnes mereantur titulum dignitatis & prælaturæ jus designantem, *ut latè Duaren. de benefic. ecclesiast. & liber. ecclesi. lib. 2. cap. 6 prosequitur.* 330

Nec etiam obscurum est, † quod id, quod circa peculium castrense legib. constitutum est, hoc quoq; ad quasi castrense extensum, *§. 1. & 2. ibi Dd. Inst. per quas personas nob. acquir. l. 1. C. de castren pecul. lib. 12. l. unic. C. de castrens. omn. Palatin. pecul. lib. 12. l. fin. C. de inoff. testam.* Quasi autem castrense peculium est, quicquid filiusfam. occasione clericatus & propter clericatum consequutus est, sive à patre, sive à quocunq; alio, *per leg. sacrosanctæ. 33. C. de episcop. & cleric.* Ergo nec conferre eiusmodi tenetur, *d. l. sacrosanctæ. 33.* 331

Neq; dicat aliquis, Impp. *in d. leg. sacrosanctæ. 33.* tantū meminisse episcopi, presbyteri & diaconi, ideoq; de his tantum, & sic de iis, qui in dignitate prælaturave constituti sunt, hoc rescriptū intelligendū esse. Non enim taxatim, sed exempli gratia horū fit mentio, ita ut species pro genere posita esse videatur, uti per totū ferè titul. *C. de episc. & cler.* Neq; etiā inclusio unius, est illico exclusio alterius, maximè in his, in quib. eadē ratio certat, circa quos potius idē ius statuendū est, *per vul. jur.*

Sed eadem peculii quasi castrensis ratio est, in cæteris canonicis ac beneficiatis, quæ in episcopo, præsbytero, diacono, maximè † cū Diaconatus non habeat aliquam dignitatem majorē, sed sit tantū inter ordines clericorū relatus, *ut autor est Duaren. d. c. 6. & 8. c. 1. dist. 25.* & quidē olim circa Leonis & Anthemii, itemq; Justiniani tempora, *per c. à multis. extr. de etat. & qualit.* Unde olim dubitatū fuit, an diaconus vel subdiaconus possit in Episcopū vel Abbatem eligi, *gl. in c. tuā. d. tit.* ut ideo *d. l. sacrosancta*, adeò restringi non possit ad Prælatos vel Præsbyteros, & Diaconos tantum: quia & ad subdiaconos & cæteros in ecclesia ministrantes clericos pertineat propter identitatis rationem, quæ est militia publica, Deo militans in sacris ordinib. *d. l. sacrosanctæ. d. c. 1. dist. 25. c. cleros. 21. distinct.* 332

Quas pater expensas † pro filio fecit, ut honores doctorales consequeretur, in legitimam filio nō imputantur, quia in q. castrense peculiū con- 333

cessisse censetur, *Bart. in d.l.1.§.nec castrense. Johan. Schneidevv.ad §.quadam. ubi de famil.hercisc. action. num.45.Fern.Vasq.d.lib.3.de success.creat.§.30.ad d.§. imputari,num.214.Castr.Jas.& alii in d.l.omnimodo §.imputari.Coras.ad l.filium quem.num.110.C.famil. hercisc.* Eamque communem esse opinionem o-
334 mnes affirmant. Sed etsi pater † sua pecunia filio salarium advocandi quæsivisset, cessat tamen collatio, quia cessat imputatio in legitimam, secundum communem & veram opinionem Ferdinandi Vasquii *d.libro 3.in d.§.imputari, num.* 217. At eadem in præbenda & clericali conditione acquirenda filio ratio est, cum & hæc sit personalis, non patti realis, *Hostiens. in summa de præben. in princ.& n.6.de instit.* & unà cum persona exstinguatur, neq; ad heredes transeat, *c.Moises.c.Apostolis.8.q.1.c.præsentiam.c. conquerentur.c.ex transmissa. extr.de filiis presbyt.* nec in commercio existat, sed honori tribuatur. Ideoq; nec præbenda ipsa, nec quod pro ea expensum est, in collationem cadet.

335 Denique & in specie, quod † neq; præbenda ipsa, neq; quod pro ea expensum est, neq; fructus inde percepti, in collationé veniant, plurimi tradiderunt: Et quidem inter cæteros Castrens. *in d. l.omnimodo.§.imputari.C.de inoffic.testam.* ubi ait: Si ergo pater acquirit filio beneficium ecclesiasticum, & in hoc magnam facit impensam, cũ illud non possit vendi, nec ad heredem transmitti, pecunia, quam pro illo expendit, non computatur filio in legitimam, nec in suam portionem, sicut si pater expensas faceret filio in studio vel in Doctoratu, quia censetur fecisse caussa pietatis, *ut in l.qua pater.ff.famil.hercisc. Idem tradit Vasq.d.lib.3.de success.resolut.§.30.ubi ad d.§ imputari. num.16.* Denique inquit, an expensæ factæ à patre, ut filius nanciscatur beneficium ecclesiasticũ (seu ut rectius loquat) sacerdotium, sint in legitimam imputandæ? Et communis & vera conclusio est, quod non, *secundum Coras.n.91.ad d.l.filium quem. C.famil.hercisc.&* Ripam *in d. l. in quartam.166. ubi Alexand num.22.&c.* Et ratio, inquit, est quia tale sacerdotium habetur loco peculii quasi Castrensis, *leg.sacrosancta.33. C. de episc. & cleric.* & consequenter in legitimam non imputantur, *l.1. §. nec castrense.D.de collat.bonor.* Secunda ratio, inquit, est, quia habetur loco dignitatis, *ut in d.l.sacrosancta.* & consequenter cessat imputatio, *d.l.1.§. nec*
336 *castrense.vers.sed an id.* Tertia ratio, † quia donatio simplex, etiã filiofam. facta à patre nõ imputatur in legitimam, *ut est text.in l.si quando.§.& generaliter. C. de inoffic.testam.* Deniq; id nec emitur, nec venditur, nec etiam transmittitur. Hæc Vasqu. Idem scribit & sequitur Pet. Gregor. *in Syntagm. Juris, libr.44.cap.6.num.47. Jason in d.l. omnimodo. §.imputari.itemque Aymon Cravetta d conf.136. Michael Graff.lib.1.§ legitima. quæst. 26. num.3.* & infiniti alii, ut non dubitetur, hanc ab omnibus receptam esse opinionem, cui sententiæ vel ideo standum est, quod nullo juris textu ostendi potest, eiusmodi pecuniam vel præbendam conferre oportere. Pro regula autem in materia collationis traditur, quod ea non habet locum, nisi in casibus à jure expressis, *per leg.illam. C. de collat. ibi Riminald. num.8. Jason. num. 5. & 6. Johan. Petr. Surd.d.conf.219.num. 20. & consil.143. num. 14.* ubi ex Riminaldo refert, quod ex quo est materia exorbitans à regulis juris, quicquid non reperitur expresse permissum, ut conferatur, esse prohibitũ, nec aliud esse superstitiosis inventionib. præsumendum, *c. consuluisti.2.quæst.5.* & qui allegat jus, tenetur probare, iuxta illud: Legem pone mihi domine. ut inquit *Bald.in consil.340.in fine, vol.5. & latè prosequitur Cravetta consil.194.n.3.* nec potest opponi de eo, quod iure cautum non reperitur, *§.optimum.Novell.2.de non eligen.secund. nubent.* ideoque nec à re ad rem, nec à persona ad personam collatio extenditur, *Joh.Petr.Surd dicto cons.219.num.20.*

Quæ cum ita sint, nihil obesse ea, quæ dubiũ movere videbantur, apertum est.

Nam quod ad primam & secundam dubitandi rationem attinet, non constat, patrem ideo in donationem propter nuptias assignasse, aut filio comparasse, ut in legitimam imputetur, vel præbenda ipsa, aut expensa à se pecunia, vel fructus, aut id, quod aliquando ex resignatione præbendæ consequi possit. Ut ubi de hac voluntate patris non † constet, standum meritò sit iuris com- 337
munis dispositioni, *per d.l præcipimus.in fi. C. de appellat.d.l.sancimus.C.de testam.* cui & alias in dubio quilibet se suamq; voluntatem conformare censetur, *Bald.in l.precibus.vers.procedo ulterius.C.de impub.& aliis success.argum. l.si duo. ff.de acquiren.hered. Jason in l.post dotem. num.32.& 33.ff.solut. matrim.* adeò, ut si quid secus dispositum inveniatur, hoc ex legis dispositione declaretur, ut cum ea, tanquam caussa sua finali, conveniat, *per l. verbis 120. de verborum significat.leg.nemo potest.55.ibi Bartol. Jason, Bologn. ff. de leg.1.l. filius.15. ff.de condit.instit.leg. non dubium.C.de legib.* W *esenb.cons.66.num.3. Jason in d.l.post dotem.num.32. vers. & concludit.* Ideoque etsi pater revera † voluisset, ut hæc pecunia ex- 338
pensa, vel beneficium ecclesiasticum, eiusque fructus, aut quod aliquando ex resignatione haberi possit, in collationem caderet, tamen hæc eius dispositio, ut juri, pietati & verecundiæ contraria, esset inutilis & irrita, *per d. l. non dubiũ. C.de legib.gloss.in d.l.in re mandata. C. mandati. per d. l.filium. 15.Bald.ad leg.2.in 2.lectura. ff. de his, qui sunt sui vel alieni jur.gloss.& Doctores in d. leg. nemo potest. 55.ff.de legat.1.* Jura enim publica, quæ circa ipsas præbendas & bona ecclesiastica constituta sunt, ut in patrimonii computationem non veniant, neque æstimationem recipiant, neque emantur, vendantur, neque in quartam imputentur, nec in collationem veniant, privatorum pactis immutari non potuerunt, *per leg. jus publicum. ff. de pact.* Nec etiam hæc pactio efficere potuit, ut vel pater ipsemet, vel hi liberi eius imputando & contribuendo evitent crimen simoniæ & pravæ confidentiæ.

Et quod dicitur, patris attendendam esse destinationem, utrum filio donatum velit in peculium profectitium vel castrense, aut quasi castrense imputari, verum est, quãdo res ipsa eiusmodi est, ut variam caussam habere possit. Secus si rei natura hæc est, ut filii alio jure quam peculii castrensis, vel quod si castrensis esse non possit, cuiusmodi præbenda hæc est ecclesiastica, quæ nulli laico iure competere potest, sed semper in quasi castrense peculio sua ipsius natura est, per supra dicta.

Quod

339 Quod tertiò † ad *d.l. omnimodo.§.imputari.C.de inoff.testament.* attinet, is textus huc non quadrat, cum non agat de omni militia, sed quæ Castrensi, aut quasi castrense peculium non fit, *per d.l. 1.§.nec castrense, ff. de collat.bon.d.l.sacrosancta.33* vel quæ vendi, aut transire ad heredes potest, ut omnes ibi interpretantur, & novissimè declaratur à M.Anton.Peregrino, *de fideicommiss.d.artic. 36.n.130.Vasq.d.num.102.& seqq in d.§. imputari.* At ecclesiasticum beneficium sui natura neque vendi potest, neque ad heredes est transmissibile. Et quamvis de consuetudine prava aliquid
340 expendatur pro collatione † impetranda, vel resignatione, hoc tamen non intercedit veluti pretium, seu æstimatio, sed ut honorarium quoddam, nec tamen absque vitio simoniæ & pravæ confidentiæ, ut supra probatum est, quod solum vitium seu peccatum efficit, ut licita hæc non sit vel alienatio, aut resignatio, aut pecuniæ acceptio. Illicita autem & prohibita lucra, ut in familiæ herciscundæ iudicium non veniunt, ita nec conferũtur, *per d.l.4.§.sed & si quid ex simulatu, & c.ff.famil. hercisc.*

Deinde cum id quod ex consuetudine loci intercedit, non accipiatur uti pretiũ seu æstimatio beneficii, dici jure non potest, tale beneficium
341 vendi: cum emptio † venditio nulla sit, nisi pretio intercedente; absque pretio autem nulla sit emptio venditio, §.1. *ibi D.D. Instit. de emt. vendit.* Unde nec eius rei, cuius nulla æstimatio est, possit esse emptio venditio, §.*fin.Instit.eod.* Cujusmodi etiam beneficium ecclesiasticum esse suprà vidimus.

Qua ratione etiam quartæ obiectionis infirmitas ostenditur, negato minore.

342 Sic nec quintò † Rolan.à Valle divisio, *in dicto consil. 11.num.10.& seqq. volum. 2.* obstat: qui agit de officio scriptorio S.Pauli in curia Rom. quod æque, uti officiũ scriptorium S. Petri in eadem curia vendibile est, consensu Papæ intercedente, qui de facili impetrari potest. Quod officiũ non est clericale per se, seu ecclesiasticum beneficiũ, cujusmodi præbenda est, sed militia quædam ... & de genere earum militiarum *de quibus in d.l omnimodo.§ imputari.* in quam nec simoniæ, nec confidentiæ illicitæ crimen cadit. Ideoque cum à separatis nihil rectè inferatur, per jura vulgaria: argumentum non rectè ducitur ab illa militia S. Petri & Pauli in curia Romana ad hanc ecclesiasticam præbendam.

Eadem ratione sextum tollitur, tum quod hic nulla propriè emptio venditio est, tum quod honorarium hoc impensum sit clericatus acquirendi gratia, qui personalis est, nec in bonis, ut conferri possit, tum etiam quod hæc collatio omninò crimen Simoniæ esset habitura, *per ea, quæ Natta respondit, consil. 293.* Et vana est opinio effugiendæ Simoniæ per collationem pecuniæ expensæ, vel pro resignatione consequendæ, ut supra apparuit.

Deinde & illud ex superioribus disputationibus constat, simplices donationes non conferri, secundum frequentiorem Doctorum opinionem, nisi in duobus casibus; quibus hic locus non est propter naturam rei, de qua quæstio est, ut iam dictum fuit, & patet ex Nattæ *d.consil.293* Sed etsi ob caussam facta, cum tamen illa necessaria non fuerit, sed voluntaria, utique collationem non operatur: uti contra Roland. respondit Johan. Petr. Surd. *d. cons. 143. & cons. 219. & consil.361.* ubi omnia Rolandi argumenta ex fundamento refutat: Cui etiam Aymon Cravetta *d.cons. 136.* adstipulatur, & quidem in terminis acquisiti clericatus.

Qua ratione etiam septimum tollitur: cum hæc matrimonii contemplatio non faciat donationem ob caussam eiusmodi, quæ necessitatem conferendi importet, ut Aymon Cravetta *d.consilio 136.* & Johann. Petr. Surd. *d. loco* ostendunt. Cui accedit, quod huic rei, præbendæ scilicet, qualitas & conditio non patiatur, ut in eiusmodi donationem ob caussam, qualis est donatio propter nuptias, & dotalitium commutetur, aut transeat, *per cap. si quis dator. c. quæsitum. 1. quæst.3.* cum non liceat ex spirituali, vel annexo spiritualibus temporale commodum, licet minimum, nedum tantum sentire, *Natta d.consil.293.num.1.* Sed hoc ipso statim simonia committitur propter corruptam intentionem, *Natta d. cons. 293. num.1. 2. & 3.*

Deinde negatur patrem filio hanc præbendam contemplatione matrimonii comparasse: Id enim ex filii natu maioris quietatione non patet. Et quamvis pateret, hoc tamen minori filio præjudicium non faceret, ut cuius nuptiæ adhuc nullæ sunt, nulla etiam confessio.

Rursum & illud constat, jam dudum ante plures annos patrem filio maiori præbendam comparasse, eandem mox cum alia commutasse, ut ex post facto non possit videri, matrimonii contẽplatione cõparasse atq; concessisse. Quinimò se- 343
mel † peculiũ quasi castrense factum hoc beneficiũ ecclesiasticũ nõ potuit amplius conditionẽ suam mutare filio nõ consentiente, nec rei conditione suffragante: quia nec donatio semel perfecta, potuit à patre alterari, vel ei moderatio aliqua adiici, *l.perfecta.C.de donat. quæ sub mod. l. illud in fin. C.de collat. Johan.Petr.Surd.cons. 147.n.55. Castren.cons.145.volum.1. Alex.cons.8. num.9. vol.3. cons.8.nu.1.vol.2.*

Rationem æqualitatis servandæ, quæ octavo loco dubium facere videbatur, removet tum rei conditio, quod ea non possit in matrimonio filii censeri, aut certe non sine crimine simoniæ, ut iam declaratum est.

Ad nonum respondetur idem, quod ad 1. 2. & 3. neque confessio illa gratuita concessionis & affectus necessariò iussum conferendi infert, nec mutat naturam rei, de qua quæstio est, *per l. nec ex præterito.ff.de reg.iur.* Oportet itemq; volũ-
tatem patris † conformari, & consentaneã reddi 344
legis & iuris dispositioni, ita ut quod ab ea via deflectit, pro irrito ac nullo censeri debeat, *iuxta d.gloss.in d.l. in re mand. C. mandat.d.l filium. 15.ff.de condit.Instit.d.l.non dubium.C.de legib.l. quidam cum filium. ff.de verb. oblig.*

Quibus omnibus diligenter ponderatis, consequens erit, neq; ipsam Præbendã, neq; pecuniã pro ea consequenda expensam, neq; honorarium,

rium, quod pro resignatione sperari potest, neque etiam fructus ex ea perceptos, in collationem venire posse.

Atque hæc omnia actis ad nos transmissis, itemque iuri & æquitati consentanea esse censemus: Nos Decanus & cæteri Doctores Facultatis Juridicæ, in Academia Marpurgensi, Salvo tamen cuiusque rectiùs sentientis iudicio. Fidei gratia, Facultatis nostræ sigillum appendi curavimus: Quod actum est in consilio Collegii nostri 18. April. Anno 1601.

CONSILIUM XXVII.

Quod est

JOANNIS GOEDDÆI J.U.D. & Professoris in Academia Marpurgensi.

De Parentum transactione super rebus filiorum maternis, maternaque hereditate.

SVMMARIA.

1 *In facto jus positum est, eoq; vitiato, vitiatur eius decisio.*

2 *Facti species, quæ ex transmissis colligi potuit.*

3 *Quæstiones quæ ex eo facto promanant & discutiuntur.*

4 *Pater secundum multos potest liberorum bona adventitia, & materna absque decreto alienare.*

5 *His contradicitur ab aliis, maximè si liberi sint minores.*

6 *Vocabulum ritè, quid possit & valeat, seu significet.*

7 *Azonis sententia distinguentis circa patrem legitimum administratorem bonorum, & filii curatorem alienantem sine decreto, videtur probabilior & communis.*

8 *A qua in iudicando & respondendo recedere temerarium credit Jason.*

9 *Affectus etsi idem in patre sive curatore filii, sive legitimo administratore, dispar tamen in eo ratio est, quo ad alia.*

10 *Pater filii curator non habet usumfructum, administrator legitimus filii habet usumfructum, quẽ non est probabile, eum velle diminuere.*

11 *Plus iuris patri, quam ulli alii tutori vel curatori tribuitur.*

12 *Quando fiat transactio, & de qua re seu lite.*

13 *Transactio multis casibus sine decreto facta, valet.*

14 *Vasallus non alienat, sed transigit quandoq; de re feudali.*

15 *Prælatus licet non possit alienare, transigere tamen sine decreto potest.*

16 *Statutum agnatos præferens, facta alienatione non habet locum in transigente.*

17 *Quinam docuerunt vel responderunt, posse patrem de adventitiis filii sine decreto & liberè transigere.*

18 *Transactio hæc in bonis filiorum adventitiis secundum quosdam maximè locum habebit, si nobilis pater sit absq; decreto transigens, quia nobilis tutor, minoris curator, administrator, & filiusfam. nobilis donare potest, &c. Sed improbatur, nu. 84.*

19 *Alias regulariter, tutor, curator, procurator, etiam cum libera filiusfam. donare prohibentur.*

20 *Minus & facilius est transigere, quàm donare, quia qui donat, perdit.*

21 *Cui conceditur quod difficilius, quod est maius, eidẽ & facilius, quia minus.*

22 *Procurator vel administrator cum libera potest transigere.*

23 *Pater habet generalem administrationem cum libera in bonis adventitiis filii.*

24 *Jus in spe alii auferre possumus nostro facto.*

25 *Pater potest adire vel repudiare hereditatem filio delatam.*

26 *Renunciare quid.*

27 *Filia creditur per renuntiationem desinere esse sua, instar exheredati.*

28 *In lucris nuptialibus pater præiudicat liberis, & inæqualiter de iis disponere potest.*

29 *Quod licet correctum hodie sit, ratio tamen antiqui iuris durat, & in argumentum adduci potest, at non quà ad correctum ius, nu. 90.*

30 *Pater potest uni liberorum feudum assignare, quod dubium sit, nu. 90.*

31 *Pacta dotalia habent vim ultimæ voluntatis.*

32 *Si tutor, curator, legitimus administrator id alienat, vel vendit, quod pater vel tutor pupilli. minoris filiifam. alienare iusserat, vel obligatus erat, valet alienatio etiam sine decreto facta.*

33 *Coniuncta scientia & patientia, seu approbatio contractum reddit firmum, declaratur nu. 92*

34 *Decidendo in hoc casu tenendum est, hanc renunciationem iure non tenere ab initio.*

35 *Pater melius consilium pro filiis capit.*

36 *Patris amor est inæstimabilis, nec debet ab aliquo redargui, quod ei visum est utile.*

37 *Pater filii bona adventitia ita demum liberè alienat, si necessitate cogente vel ex iusta causa faciat.*

38 *Quæ vera mens Azonis.*

39 *Pater liberam habet administrandi potestatem, ut conservet, defendat, non ut perdat.*

40 *Regulariter pater non alienat res filii adventitias.*

41 *Casus excipitur ab hac regula unus, in leg. fin. § fin autem as. C. de bon. quæ lib.*

42 *Azonis sententia declaratur testimonio Arii Pinelli.*

43 *Pater iis casibus potest sine decreto alienare, quibus tutor & curator cum decreto.*

44 *Tutor vel curator cum decreto non rectè alienat, nisi ob necessitatem æris alieni.*

45 *Justicia causæ in patris alienatione necessaria est: alioquin est nulla, secundum communem.*

46 *Renunciatio est alienatio, præsertim si delatæ hereditati renuntiatum sit.*

47 *In creditorum fraudem facta potest revocari, & inofficiosa argui.*

48 *Prohibita alienatione continetur omnis actus, quo quid in alium transfertur, aut remittitur irrevocabiliter, aut in transactionem deducitur.*

49 Pater

49 Pater adeo res filii alienare non potest, ut nec repudiare possit bonorum possessionem filio delatam in adventitiis.

50 Æs alienum, & iusta alienationis causa, non præsumitur, sed probanda est.

51 Patre alienante fundata est filii vindicantis intentio, donec necessitatem alienationis doceat emptor.

52 Utilitas est in acquirendo, & conservando ac retinendo, non in alienando, repudiando & omittendo.

53 Contractum adimplere necessitatis est, ac grave fidem fallere.

54 Dubius litis eventus satis iusta transigendi causa est at hoc casu non item.

55 Duæ tantum causæ iustæ definiuntur in iure nostro, ob quas pater res adventitias filii alienare potest, æs alienum, & maior utilitas ex alienatione filio accedens.

56 Regula standum, quia de exceptione non docetur.

57 Vana suspicio pro iusta causa non reputabitur.

58 Nepotes ex filia defuncta avo superstiti non sunt sui propriè, sed inter suos seu instar suorum, ex novella 118. c. 1. & § antep. cum seqq. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.

59 Renuntiatio matris etiam iurata non nocet liberis eius, avo post matrem ipsorum superstiti succesuri, quia conditio inest renunciationi, si renuncianti deferatur hereditas.

60 Pacto de renunciando minor vis est, quam iurejurando firmatæ renunciationi.

61 Pacto de renunciando inest conditio, si ad se hereditas deferatur.

62 Rebus in alium statum mutatis evanescit renunciatio, & pactum de renunciando.

63 Pater non potest indistinctè transigere, sed iusta tantum ex causa, & si rem filii meliorem faciat.

64 Pinelli dicta declarantur ex antecedentibus & consequentibus.

65 Tiraquelli declaratio.

66 Azonis interpretatio & declaratio.

67 Pater rectè transigit retinendo, non omittendo vel tradendo, nisi ex ea traditione maior appareat utilitas pro filio.

68 Filiæ pariter & filii, nepotes ex filiabus una cum suis patruis avo suo succedunt, & locum matris suæ subintrant, & num. 72.

69 Interest publicè ut familiæ per masculos conserventur.

70 At propterea non tenentur ius suum omittere vel repudiare.

71 Reipubl. interest ut mulieres, unde mares procreantur, sint divites, & benè dotatæ.

72 Vt supra 68.

73 Nullus administrator, ne quidem pater potest liquidum debitum remittere.

74 Nec donare, nec dividere inter liberos potest adventitia.

75 Pater, ne princeps quidem, potest filio in his præiudicare.

76 Quod nostrum est, sine nostro facto non amittimus.

77 Consideratio eorum, quæ dubium faciebant, & quod pater absolutam potestatem in his rebus non habet.

78 Præsumptio de facto, evidentia facti eliditur.

79 Transactio non valet à patre facta, nisi prudenter, & pro maiore utilitate filii contracta sit, & quidem retinendo rem.

80 Vasallus ut retineat rem feudalem trãsigere potest, non ut possessionem dimittat apud alium.

81 Idem obtinet in prælato.

82 Transactio renuntiando facta minuit hereditatem, & est dimissio rei.

83 Paria sunt actione carere, & perpetuo invalidam reddere.

84 Declaratur ac refutatur, quod de nobili patre tutore, curatore nobilis personæ, numero 18. relatum est.

85 Erubescimus sine lege loqui & distinguere.

86 Pater non habet ita liberam, ut donare, & quolibet modo transigere vel diminuere possit.

87 Delatam ab ascendentibus hereditatem, liberi trãsmittunt ad suos etiam nondum aditam.

88 Quæ in spe sunt aliis præripere nostro facto possumus si & pro beneficio ad eos sint futura, alias secus.

89 Pater delatam filio hereditatem bonorumve possessionem sa tem in suum, non etiam filii præiudicium repudiare potest.

90 De feudo etiam novo pater in præiudicium liberorum, secundum multos non rectè disponit.

91 Donataria ante donatorem mortua exspirat donatio mortis causa facta.

92 Præsumptio quod coniuncta persona sciat ac tacendo approbat actum, procedit in casu favorabili, & valdè parum præiudicante, & ubi libera est potestas ac voluntas scientis, alias secus.

93 Sola scientia & silentium non inducunt renunciationem.

94 Qui scit vel præsens est, nec potest actum prohibere, vel impedire, non præsumitur consentire.

95 Alienatio à patre facta, vivo eo, quo ad usumfructũ rata est, sed mortuo patre revocatur.

96 Filii scientia debet reputari pro contradictione.

97 Præscriptio non currit filio, dum est in patris potestate, vel ususfructus eius durat, aut minor est.

98 Renunciatio à patre facta in bonis adventitiis, est irrita & nulla.

99 Quod ab initio nullum est, ex post facto non convalescit.

100 Non præstat impedimentum, quod de iure non sortitur effectum.

101 Paria sunt, aliquid non esse factum, ac nulliter factum esse.

102 Quod lege fit prohibente, nulliter fieri intelligitur.

103 Fideicommissum alienatum revocatur, existente eius conditione.

104 Res immobiles ecclesiæ sine decreto alienatæ revocantur.

105 Ex contractu nullo & prohibito, ne quidem ope exceptionis possessio defenditur.

106 Feudum in remotiorem agnatum, vel extraneum alienatum mortuo alienatore revocatur, etiam ab eo proximiore, qui alienanti sit heres.

107 Inductio l. Seia. 73. de evictio. & leg. fin. C. de evictione.

108 Liberi suo iure revocant alienata à patre adventitia.

109 Filius non repellitur ab hac impugnatione, nisi quando vellet admitti iure hereditario.

110 In-

110 *Inductio l. eum qui. de interdict. & relegat.*

111 *Parentes non possunt liberos exuere beneficio legis.*

112 *Actus hominis ita debet interpretari, ut jus alterius quam minimè lædat.*

113 *Conformari debet actus hominis, ut legis dispositioni conveniat.*

114 *Resoluto iure datoris resolvitur jus acceptoris.*

115 *Inventarii confectio impedit, ut actiones non confundantur, & sit filius patris heres non omittat ius revocandi alienata.*

116 *Filius alienantis vasalli beneficio inventarii detinet feudi alienati revocationem, etiamsi patri sit heres, secundum multos.*

117 *Idem multi extendunt ad hunc casum.*

118 *Iuramentum non est vinculum iniquitatis & tres habebit comites.*

119 *Personalia personam non egrediuntur.*

120 *Iuramenta sunt personalia, nec in heredes transmittuntur.*

121 *Pater ad secunda vota transiens amittit proprietatem eorum bonorum, quæ à filio defuncto iure successionis habet.*

122 *Promissio. an* Eydes statt/ *h. e. loco iurisiurandi, non est exequanda iuramento corporali.*

123 *Renuntiatio debet corporali iuramento fieri, ut sit formalis, nec sufficit nudum pactum, ex quo nulla nascitur civilis obligatio.*

124 *Pater legitimus administrator alienans adventitia filiifamilias bona, potest ipsemet venire contra hanc alienationem.*

125 *Plus sæpè permittitur heredi quam defuncto.*

126 *Patronus liberto suo heres, revocat in fraudem à liberto alienata.*

127 *Contra factum defuncti invalidum potest heres venire.*

128 *Verius est, ut distinguatur inter filium patri heredem & non heredem.*

129 *Heres filius non potest contra defuncti factum venire, etiamsi nullum sit vel iniquum.*

130 *Sive pater ut legitimus administrator, sive simpliciter alienasset.*

131 *Tametsi Castrensis distinguat an simpliciter ut quilibet alius alienasset pater, an verò ut legitimus administrator.*

132 *Alii distinguunt, an heres de evictione teneatur, nec ne?*

133 *Neutra distinctio est admissa.*

134 *Nihil temerè est asserendum.*

135 *Quod lege non cavetur, in practica non attenditur.*

136 *Standum est regulæ tanquam probationi probatæ.*

137 *Supradicta distinctio expresso iure est improbata, adeò ut nec pupillus possit contra factum defuncti venire.*

138 *Heres censetur una eademque persona cum defuncto.*

139 *Ubi est commodum, ibi & incommodum.*

140 *Huc applicatur l. pen. C. de restit. milit. in integr.*

141 *Frustrà contenditur hoc ius, de quo in d. l. pen. & l. cum à matre. C. de rei vindic. non pertinere ad bona filiorum adventitia.*

142 *Antiquæ leges pertinent ad posteriores, & vice versa.*

143 *Heres non est melioris conditionis, quam autor eius.*

144 *Fideicommissarius non potest revocare rem alienatam à fiduciario, cui heres est ex testamento vel ab intestato.*

145 *Feudum non revocat agnatus heres alienanti.*

146 *Matris alienatio nocet filio heredi. &c.*

147 *Patri alienatio prohibita non est annullando, sed simpliciter suggerens remedium revocationis.*

148 *Repelluntur heredes patri facti pro hereditaria portione, etiamsi inventarium fecerint.*

149 *Exceptio doli vel in factum locum habere potest, etiamsi de evictione non teneatur.*

150 *Inventarii confectio hactenus non prodest.*

151 *Portio intelligitur hereditaria quotativa, nō quantitativa.*

152 *Excluditur filius heres à revocatione, nisi vivo patre litem movisset.*

153 *Quod heredi ipsi obstat, etiam heredi heredis rectè obijcitur.*

154 *Filia, quæ dote tantum accepta, renunciavit paternæ hereditati, potest revocare adventitia alienata à patre, cum heres patri non sit.*

155 *Nec interest, an legitimam nacta sit titulo hereditario, vel quo alio.*

156 *Legitima gravari non potest.*

157 *Quod directò fieri non potest, illud nec per indirectum: præsertim, si nihil ultra legitimam accepit, heredis licet titulo.*

158 *Renuncians viventis hereditati se in casum deferendæ hereditatis pro herede declarat, quo ad jus sanguinis favoris & alia.*

159 *Quoad lucra & onera hereditaria renuncians, est instar mortuæ & exheredatæ.*

160 *Ne quidem ullum actum heres potest revocare, sed ratum habere cogitur:*

161 *Maximè si quid recipiendo pater renunciasset.*

162 *Non cogitur heres factum defuncti habere ratum jure actionis, sed exceptionis.*

163 *Alpheni responsum declaratur.*

164 *Oportet secundum plura intelligere pauciora.*

165 *Quarta arrogati impuberis est sine onere restituenda, nisi in maiore fiat arrogatori heres.*

166 *Quem non honoro, nec onerare possum.*

167 *Claris standum est verbis, nec ad conjecturas recurrendum.*

168 *De inventarii confectione, an prosit ad revocandum acta, & alienata à defuncto, controversia est.*

169 *Inventarii beneficio heres non tenetur ultra vires hereditatis, & quatenus bona sufficiunt actiones confunduntur.*

170 *Qui prodesse inventarium volunt, restringunt hoc procedere, si non possit commodum hereditatis cum re alienata compensari.*

171 *Juramentum patris filios non obstringit ut filios, sed ijs ut heredibus nocet, etiam propter pietatem patri debitam.*

172 *Iniquitas & iniustitia iuramenti iure canonico nō qualibet intelligitur, sed quæ habet periculum animæ, aut aliquid turpitudinis.*

173 *Juramentum quidem personale est, ut ipsum heredes non obstringat, pactum tamen iuramento confirmatum, cum in rem sit, heredem tenet.*

174 *Pater ad secunda vota transient, amittit proprietatem bonorum, quæ habet ex filii successione, nisi cum consensu vel ratihabitione filiorum, vel tutorū aut cognatorū proximorum contraxisset.*

175 *Ad-*

175 *Administrationis legitimæ jus retinet pater, ad secunda vota transiens.*

176 *Imò promissio* an Eydes statt / *vim corporalis iuramenti habet.*

177 *Nisi fortè corporale requiratur alibi ad formam actus, tametsi quoad obligationem in foro cõscientiæ efficax sit.*

178 *Juramentum necessarium est, si de viventis hereditate renunciatio fiat: secus si de mortui hereditate fiat.*

179 *Delatæ hereditati etiam nudo pacto renunciari potest.*

180 *Officium patris, quod habet in bonis filiorum adventitiis, finitur unà cum patris vita, nec in filiorum aliquem continuatur.*

181 *Magna dissimilitudo est inter patrem & patronũ, filium & libertum, eorumq; bona.*

182 *Heres contractum defuncti nullum ita demũ impugnare potest, si nullitas illa proficiscatur ex alia, quam heredis vel defuncti persona.*

183 *Renunciatio qualibet intelligitur, rebus ita stantibus.*

184 *Renunciantes sorores redeunt ad omissam hereditatem, deficientibus masculis, licet fœminæ adhuc heredes fratri superstint.*

185 *Quia causa renunciationis illius iam cessat.*

186 *Cessante causa cessat effectus.*

187 *Deficit qualitas masculina, & sic causa finalis istius renunciationis.*

188 *Quæ sit masculorum favore hanc conditionem videtur habere, si & quãdiu superstint masculi.*

189 *Renunciantes hoc ipso adiisse censentur hereditatem.*

190 *Aditam hereditatem ad tempus impeditã, remoto & cessante impedimento petere heres potest.*

191 *Pater in dubio providere non gravare velle liberos videtur.*

192 *In dubio intelliguntur fœminæ, earumq; posteritas renunciare in favorem masculorum, ut in statuta fœminas excludentia.*

193 *Limitata sententia limitatam habet executionem.*

194 *Consuetudo nobilium familiarum introduxit renunciationes fœminarum, favore agnationis conservandæ.*

195 *Solitum fieri in dubio factum præsumitur.*

196 *Argumentum à solitis validum & forte est.*

197 *Filia exclusa semper manet exclusa.*

198 *Renuntianti non datur ulterior regressus ad renunciata.*

199 *Si non in specie caveatur, ut quamdiu masculi superstint, sint exclusæ, intelliguntur perpetuò exclusæ.*

200 *Quisq; pro se, suisq; heredibus sine discrimine sexus pacisci intelligitur.*

201 *Nemo præsumitur alienam sobolem suæ præposuisse.*

202 *Heredum appellatione non tantum liberi utriusq; sexus sed & alii continentur.*

203 *Exceptio confirmat regulam in casu non excepto.*

204 *Cui neptis ex filio filiave superest, non potest videri sine herede mori.*

205 *Perpetuò & semper, quid operentur.*

206 *Verba geminata enixam arguunt voluntatem.*

207 *Affirmantiũ opinio procedit, si statuto vel pacto ad tempus fiat exclusio.*

208 *Instrumentum est probatio probata, & facit veritatem apparentem.*

209 *Aperta probatio excludit omnem præsumptionem.*

210 *Consuetudo facti est, & probanda.*

211 Leibs Erben / *non solum sunt masculi, sed & fœminæ.*

212 *Ob enormissimam læsionem rescinditur renunciatio.*

213 *Non præsumitur huic rescissioni renunciatum.*

214 *An rescissioni locus in divisionibus?*

215 *Agent ad legitimæ supplementum.*

216 *Docenda est patrimonii quantitas, quæ fuit tempore delatæ hereditatis.*

217 *Pretium statuatur commune non ex affectu.*

218 *Petitioni hereditatis, l. 2. C. de rescind. vend. & petitioni supplementi legitimæ 30 annorum cursu præscribitur.*

219 *Tempus illud incipit à die renunciationis, ita ut tempus pupillare eximatur.*

220 *Dum durat potestas patria, filio non currit præscriptio.*

221 *Filius in rem speciali agere potest intra triginta annos, licet hac actio alias decem inter præsentes viginti annis inter præsentes finiatur.*

222 *Præscriptio citatione, & libelli oblatione interrumpitur.*

223 *Consanguinei & cognati pares gradu pariter ad retractum admittendi sunt.*

224 *Gradus proximior remotiorem à retractu excludit.*

225 *Cessat in retractu faciendo jus repræsentationis: neque gradus remotior per repræsentationem cum remotiore conjungitur.*

226 *Competit hoc jus jure municipali vel consuetudine.*

227 *Doctores hoc ius vulgò ad jus prætorium referunt.*

228 *Ordine admittuntur collectivo homine vocati, etiam in linea descendente.*

MAl'em profectò, arduæ huius, quę mihi hoc
tempore satis occupato, ad consultandum
proponitur causæ circumstantias, paulò plenius
& exactius fuisse expositas. Nam, ut Alfenus ait,
in l. si plagis. §. in clivo. ff. ad leg. Aquil. in facto † jus 1
positum est, & inde originem trahit, *Specul. in tit.
de advoc. §. nunc de exordiis. num. 15. Paul. Paris cons. 32.
num. 23. & sequ. volum 1.* eiusque pondus consistit,
*Bald. ad leg. petens. C. de pact per l. ut responsum. C. de
transaction* ut si in aliquo illud sit vitiatum, ipsam
oporteat juris decisionem vitiari, *Vigl. Zuichem.
ad princip. num. 25. Instit. de testam. ordin. per l. 1. leg.
omnis definitio ibi Doctores. ff. de regul. jur. & l. nonnunquam, 72. ff. de judic. l. Pomponius. 15. de negot l. iusiurandum, 34. ff. de iureiuran. leg aut facta 16. ff. de pœn.*
Ætas personarum utrum parentibus suis in solidum, vel pro parte, aut in legitima, vel nulla rẽ
heredes factæ, litis initium & progressus; utrum
aliquã contradictio, vel protestatio interpositã
unquam fuerit, non exprimitur. Sed & facti species à quodam advocato comprehensa aliquoties
dissentit ab informatione pro advocato, ex qua
libellus formari debuit, nec cum renunciationis
tenore convenit. Quæ omnia non solum difficultatem augent, sed etiam obscuritatem deci-

sionis generant, Itaque etsi, quod in omni con-
sultatione optimum judicatur, *secundum Lucam
Berlin. in consilio. 37. tom. 4. consil. varior. Juriscon-
sultorum.* vix satis exactè poterit facti species à me
proponi: conabor tamen. Quantum verò ex
illis, quæ A.B.C.& num. 3. consignata sunt, mihi
transmissis colligere queo, ita se res habet.

2 Nobilis † & Strenuus vir W. von St. olim ex
uxore sua G. von B. unum suscepit filium W. &
duas filias, A. & A. filiam natu majorem, Anno
1527. in die D. Hieronymo sacro uxorem de-
spondit I. von W. paulò post A. filiam alteram,
I.B. von H. singulis in dotem constituit 800 flo-
renos: hoc insuper pacto addito, ut post obitum
suum singulæ ducentos eò amplius accipiant, &
denuò consueto more renuncient hereditati pa-
ternæ ac materna, & ut verba pactorum sonant:
mit denselben Tausent Gülden soll J. von W. vñ
A von St. (soll J.B. von H. vnd A. von St.)
auff einen Verziegh vätterlichs vnd mutterlichs
guts abgescheiden seyn/ Doch/ rc. Moritur deinde
G. von B. W von St. uxor: moriũtur post eam
A. & A. filiæ: moritur tandẽ W. von St. pater,
relictis post se ab intestato filio W. von St & ex
filiabus A. & A. nepotibus, W. & I. à W. & ex A
C. B. von H. A. W von St. sibi soli hereditatem
paternam & maternam, exclusis defunctorum
suorum parentum nepotibus asseruit, & oblatis
quadringentis florenis, de quibus in pactis dota-
lib. renunciationem postulavit fieri. Recusave-
runt eam liberorum suorum nomine I. von W.
& I.B. von H: maioremq; pecuniæ summam pro
modo & amplitudine utriusque hereditatis sibi
vindicarunt. Sed cum iam utriq; I. von W. & I.B.
von H ad secunda vota transiissent, hæc contro-
versia sine aliquo judicis decreto, vel causæ co-
gnitione, anno 1545. in die divisionis Apostolo-
rum, per quosdam nobiles viros hoc modo cõ-
posita est, ut I. à VV. & I.B. von H. singulis solve-
rentur ducenti, secundum tenorem prædictorũ
pactorum dotalium, & eo amplius centum &
quinquaginta. Quibus in continenti numeratis,
pro se, uxoribus suis defunctis, & liberis supersti-
tibus fideli manuũ porrectione loco juramenti,
omnib. W. à St & G à B. olim conjugum bonis
renunciarunt; Derhalben an jhme St. vnd sei-
nen Erben zu ewigen tagen nichts weiter zufor-
dern/ noch zusprechen/ rc. Defuncto W. von St.
successit filius eius H. W. von St. qui relicto
quoq; filio decessit. Tandẽ huius H. VV. von St.
filius moritur sine descendẽte herede, superstite
sorore nondum viripotente, cuius tutores & cu-
ratores hereditatem totam apprehenderunt,
Prædicti aũt A. & A. liberi. VV. & I. von W. nec
non C.B. von H filius superstes D.B. von H, ne-
pos I.B. von H & A. von St. conantur sibi avi-
tam & proavitã VV. à St. & conjugis eius G. à B.
hereditatem vindicare, tam ob nullitatem & ini-
quitatem prædictæ renunciationis, quam etiam
ob id, quod existimant, causam eius renũciatio-
nis exspirasse, masculo iam herede, in cuius gra-
tiam renunciatio pro conservanda familia, facta
creditur, penitus deficiente. Præterea cum supe-
riorib. annis G. R. von X. arcem suam H cũ suis
pertinentiis venderet, vidua V.V. à St. ad retractũ
una noluit admittere VV. à VV. eiusq; sororem,
I. & C. B. von H. etiã si pari gradu & sanguine, quo
viduæ illius liberi certarent. Qua de causa circa
hanc facti speciem & motam litem sex mihi dif-
ficultates potissimum videntur occurrere, ordi-
ne declarandæ.

Nam primò † quæstionis est; sitne illa renũ- 3
ciatio ab initio firma, vel potius iure nulla cen-
senda?

Secundo; posito, quod in vita renunciantium
vires habuit, anne eam nunc quoq; ratam habe-
re cogantur renunciantium patrum liberi?

Tertiò; prole mascula iam deficiente, sitne
rursum via patefacta ad petendum residuam he-
reditatem avitam?

Quarto; posito, quod ne sic quidem redire
queant ad prędictam hereditatem; anne eam re-
nunciationem ob enormissimam lęsionem pos-
sint impugnare, ut rescindatur?

Quintò; utrum omni isto casu possit obstare
præscriptio?

Sextò & ultimò quæritur; utrum ad retractũ
arcis H. pro rata portione admitti debeant?

His divina aspirante gratia, sine qua nihil effi-
cere possumus, ordine & pro virili discussis: tan-
dem quid juris in præsenti casu statui possit, &
debeat, cuivis per se manifestum fiet.

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ET principiò quidem videri potest, in hoc, de
quo controvertitur casu, intentionem acto-
rum VV. & I. à VV. nec non D.B. von H. fundatã
non esse, cum expediti sit juris. † patrem sine de- 4
creto magistratus posse bona filii adventitia, li-
berè & cum effectu, sineq; periculo alienare, au-
tore Azone *in summa, C. de bon. quæ lib. n. 11.* secun-
dum quosdam, de quib. And. Tiraq. *ad l. si unquã.
in præf. n. 32. vers. quanquam multi. Cravet. consil. 217.
n. 2. vol. 2 Corn. cons. 249. n. 3. vol. 3. per l. fin. §. sin aũt
as, C de bon. quæ lib.* Verum quidem est, † Salyc. 5
*vers. sed dubitari potest, & Jason. n. 5. & 6. ad l. præses 12.
C. de transact. & Johan. à Monteferr. in repet. l. frater à
fratre. col. 12 ff. de cond. ind.* multis rationibus mo-
tos, contendisse, alienationem & transactionem
patris sine decreto factam planè irritam & nullã
esse: *per l. cum emancipatis, C. de præd. min.* ubi sanè
affectioni paternæ tantum non tribuitur, ut pa-
ter possit filii emancipati, cuius legitimus cura-
tor est, prædium sine præsidis decreto alienare.
Et cum nullibi hac in parte inveniatur expressè
differentia inter patrem legitimum administra-
torem, & patrem filii tutorem, vel curatorem
lege constituta. *Jason in d. l. præses. n. 3. C. de transact.*
nostrum quoq;, ut Jason. *in d. l. præses. 12. nu. 3.* lo-
quitur, erit, ut sine lege loqui erubescamus, nec
distinguamus, ubi lex non distinguit, *per l. illam.
C. de collat. §. si consideremus. Nov. 18 de triente & se-
miss.* cum paria sint, quid facere contra legem &
sine lege, *Bald. ad c. in genesi. col. ult. extr. de elect* *Jason
in d. l. præses. 12 nu. 3.*

Verum quoq; est, Jas. contra Azonem urgere
& retorquere textum, *in d. l fin. § sin autem as. C. de
bon. quæ lib.* cum ibi † inveniatur vox, RITE po- 6
sita, quę importat solemnitatem juris servandam
esse, *secundum gl. in l. non putavit. §. non quævis. ff. de
bon. poss. contra tab. & in l. hoc colore. ff. de inoffi. testam.
Bart. ad l. lecta, de reb. cred. si cert. pet. gloss. & Bart. in l.*

sed etsi

sed etsi.l.25.§.scire ff.de petit.hered. tanquam rei formam denotantem, *gl. in l. si quando.verb.ritè. C. de bon.vacant.Pet. Anchoran.ad c.possessor.col.4.vers.item de jure canonico.de reg.jur. in 6. per c.firmiter.§.sacramentum.extr.de summ.trin.c.nihil.extr.de elect.* cum & aliàs, ubi alicui conceditur facultas conficiendi aliquē actum, quem antea facere non poterat, intelligatur, servata solemnitate, *per leg.si quando. ibi gl.C.de inoff.testam.Specul.in titul. de locat.§ nunc aliqua.n.94.& ibi Joh.And.in addit.Jas.ad d.l.preses. n.6.Alex.cons.106.n.3.lib.4.*

7 Azonis † tamen sententia, quod videlicet decreto opus non sit, sed sine eo valeat alienatio rerum adventitiarū filii filiæq; etiā minoris, quàm ut legitimus administrator pater facit, & juri magis est consentanea, *per d.l.fin.§.fin autem es.ibi Bal. C.de bon.quæ lib.Arius Pinel.ad l.1.part.3.num. 21. & seqq.C.de bon.mat.* & communi omniū propè calculo recepta, à Bart.Bald.Raph.Corn.Castr. *in d. l.fin.§.fin autem es. Bal.ad l.3.C.de pred.min.Castren. Alexand.Alciat.ad d.l.preses.C.de transf.Jas.ad l.singularia.n.19.ff.de reb.cred.si cert.pet.& in d.l.preses. n.2. Petr.de Raven.singul.suo 555.Ant.Trigon.sing.22.n.2. & 3.Hyppol.de Marsil.in sing.suo 498. Crav.cons.217. n.2.Corn.cons.249.n.3 vol.1.Andr.Tiraq. ad d.l.si unquam.in prefat.n.28.& seqq.C.de revoc.don.Arius Pinel.ad d.leg.1.part.3.nu.21. & seqq. C.de bon matern. Matth.Matthesilan.sing.155.nu 8.Gail.obs.72.nu.14. lib.2.* adeò ut Jason temerarium credat, ab ea sen-

8 tentia, † aut consulendo, judicandoq;, aut legendo, discedere: & quamvis legendo, non tamen consulendo, *in d.l.preses.num.5.C.de transf.& ad d.l. singularia, n.19.& 20.de reb.cred.si cert.pet.* cum satis hoc ipsum lege cautum reperiatur, *quod in d l.fin. §.fin autem es.* Justin. potestatem alienandi patri concessit, nulla restrictione adiecta, & ante à D. Constantino patri permissum sit, in reb.filii maternis & adventitiis ita omnia agere tanquam ei solidum perfectumq; dominium acquisitū esset, *l.1.C.de bon.matern.* ut ita hanc distinctionē inter patrem tutorem sive curatorem, & patrem legitimum administratorem alienantem, non sine

9 lege Dd.protulerint. Et licet † affectus naturalis in patre curatore sit idem, qui in patre legitimo administratore, quatenus pater est, *gloss.in l.Paulo Calimacho.§.Pomponius.ff.de legat.3.Bald.ad l.precib. col.6.C.de impub.& aliis subst.& in l mater.C.de oper. libert.Aym.Cravet. cons.1.n.2.vol.1.* si tamen ad jus spectes, aliasq; circumstantias, haud obscurum erit, multum inter sese differre, maioremq; præsumptionem pro patre administratore esse, eum nihil temerè alienare ex rebus filii, quàm si cura-

10 tor sit. Etenim in bonis † emācipati pater usumfructum non habet: legitimus administrator pater habet; quia eorum tantum bonorum legitimus est administrator, quorum usumfructū habet, *l.cum oportet.C.de bon.quæ lib.ibi Bald.& in leg 1. l.fin.C.de bon matern. Barto. in l.ult.§ pupillus.n.1.ff. de verb.obligat.Tiber.Decian.respon.55.nu.7.volum.2. per l.ult.§.si tamen.C.comm.utr.jud.§.quia vero.Nov. de aqual.dot.& donat.propter nup.* Verisimile autem non est, quod hunc usumfructum suum velit minuere, & aliquando efficere, ut amittat, *arg.l.cum de indebito. ff.de probat.* & sic ultra affectionem paternā occurrit, & suum ipsius commodū, *Tiraqu. ad d.l.si unquam.in pref.nu.29.in fin.* Cui ideò etiā

plus † juris tributum est, quam ulli tutori & curatori in his bonis. *Bald.ad leg.1.ff.de reb.eor. qui sub tutel.& in c.ult. ext.de jureiur.And.Tiraq. ad d.l.si unquam.in prefat.n.30.vers.Azo autem illius. Jas. in d. l. prases.n.2.& 3.C.de transact.& in d.l.ult. §.fin autem es,C.de bon.quæ lib.* vox, ritè, non ad solemnitatem & formam, sed ad præscriptum ibi ordinem refertur, ut in simili fit, *in l.divi fratres.§.recte.ff.de liber.caus.in l.observare.§.antequam.ff.de off.procons.l.2 ff.ad S C. Velleian.& multis probat Tiraq.in d.pref.ad d.l.si unquā.n 35.C.de revoc.don.* 11

Deinde potest videri hic de lite, licet nondū cœpta, imminente tamen, transactum. Neq; verò transactio † solū fit, si lis jam sit suscepta, vel 12
reverà, & de jure immineat, sed etsi metuatur saltem, *l.2.C.de transact.* & de facto, *Jas.in d.l.2.n.1. & 2.ibidem Bart. Alciat.& alii.Bart.ad l.causas.C.eod. Paris.cōs.3.n.24.vol.4.Tib.Dec.resp.64.n.1.volu.3.* Si verò patri licet † sine decreto liberè alienare, ut 13
licet, multò magis etiam transigere de reb. maternis & adventitiis filii, cum transactio multis casibus sine decreto admittatur; in quibus alienatio licita non esset, *Tib.Dec.resp.28.vol.3.*

Etsi enim vasallus † sine cōsensu domini feudum alienare non potest, *c.unic.qual.olim feud.pot. alien.c.imperialem.de prohib.feud.al.per Frid. ibi Bald. n.8.& 9.Castr.cons.173.n.3.vol.2. Zas par.9.de feud. in pr.Mynf.cons.48.n.1.2.3.4.&c. Jul.Clar.lib.4.recep. sent.§.feudum,qu.31.n.1.Curt.Jun.p.4. de feud.n 81. & seqq.Mynf.obseru.86.cent.4.* liberè tamen de eo pendente vel imminente lite transigit, *c.si vasallus de beneficio.si de feud.def.fuer.cont. c.unic.de cont.feud. inter vasall.& dom.Speculat. in tit. de arbitr. §.restat. vers sed nunquid vasallus.Mynf.consil. 92.n. 35.Paris. cons.32.n.108.vol.1. Decia. d.resp.28.n.9.vol.3.J.Clar. d.§.feudum.quæst 38.& 39. Curt.Jun part.4.n.96.de feud.Jacobin.de S.Georg.verb. Et cum pacto de non alienādo.Zas part.9.de feud.n.19.Wesemb.consil.70.n.13.* 14

Sic etsi res † ecclesiasticæ, sine decreto non sunt alienandæ, *c.1.& ibi per tot.tit. ext.de reb.eccles. nō alien.auth.in bonu.C.de S.S. eccl.* de iis tamen rectè sine decreto prælatus transigit & cōpromittit. *c.cum eo tempore.ext.de arbit.Jas.ad d.l.preses.n.1. & 4.C.de transact.per § si quis in nomine.Nov.de eccl. tit.Bald.ad l.si prædia.ff.de reb eorum,qui sub. Mynf.cōs. 92.n.35.versic.hoc idem expressè.* 15

Sic statutū præferens † agnatos in alienatione facta, per agnatum nō habet locum in transactione; *text.in extravag.Frid.de jure prothomis.vers. licet enim.ibi Matth.de Afflict.versic.licet. colu 1. versic. sextus casus.& col.pen.versic. decimò nota. Paris.cōs.32. n.7.8.9. vol.1.Tib.Dec.resp.28.n.10. vol.3.* 16

In specie verò, † quod pater tanquam legitimus administrator, possit de rebus filii, etiam minoris, adventitiis & maternis, sine decreto & libere transigere, *per d.l.1.C.de bon.mater.d.l.ult.§. fin autem es.C.de bon.quæ lib.d.l.preses.12. C. de transf.* & docuerunt & responderunt Innoc. *ad c.de cætero.ext.de transact.Azo d.n 11.in summa. C.de bon. quæ lib.Bart.Bal.ver. venio.versic.hoc tamen fallit.Cast.n.5 Jas.d.n.2.& 12.ad d.l.preses.idē Jas.ad l.nulli.in fin.ff.de transf.Bal.in l.1.col.1. C. de bon.mater.Joh.Ant.Trig. in sing.93 n.4.And.Tiraq.de retract ligna.§.1.gl.14.n.68. in fi.& in d. l. si unquā.in pr.n.31.Hen.de Bover.in sing. suu,verb.decretū. n.13.per gl.in l.de re filiorū.ff.de transf. Crav.cōs.74.n.1.vol.1.Pinel.ad d.l.1.par.3.n.45.46.47.* 17

18 Tertiò, etsi † facultas liberè alienandi & transigendi omninò in cæteris omnibus patribusfam. sileret, neque sine decreto fieri posset, nobilibus tamen patribus in adventitiis filiorũ suorũ permissa videbitur, cum nobilitatis causa, & ob statum nobilitatis sui domini procuratori, pupilli tutori, minoris curatori, administratori, & filiof. nobili cōcessum credatur, aliquid donare, nedum alienare, vel transigendo remittere, *per l. filiusfam. 7. §. nonnunquam. ff. de donat. gl. in l. contra juris. §. fin. verb. non habere. ibid Jason num. 7. ver. fallit in filiis. ff. de pact. & Imol. & alii. ad c. grandi ext. de supplē. neglig. prælat. in 6 per l. cum plures. 12. §. cum tutor. vers. pro dignitate natalium l. sequ. ff. de adm. tut. Alex. ad l. pactum curatoris n. 3. Jas. nu. 2. vers. hinc est. C. de pact. per l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. distr. And. Tiraqu. de no-*
19 *bil. quæst. 37. nu. 41. 42. 43. 44.* cum alias † procurator, administrator etiam cum libera, tutor, curator, filiusfam. etiam liberam administrationē peculii habens, donare, & liberalitatem ex rebus dominorum, minorum & peculiaribus exercere prohibeantur, *d. l. filiusfam. 7. ff. de donat. leg. pactum curatoris. C. de pact. l. contra juris. §. si filius. ibi Bar. Cast. Jas. Alexand. ff. eod. gl. in l. non omni. C. de admin. tut. l. 1 vers. denique. ff. de procur. Cesar. gl. & Castr. n. 3. ad l. pro-*
20 *curator. nu. 8. ff. de procurat.* minus † autē est transigere, quā donare, & difficilius donare permittitur, quam transigere: cum is qui donat, perdat, *d. l. filiusf. ff. de donation. l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. distr.* qui transigit, molestias litis repellat, & sese liberet ab onere actionis & periculo incerti eventus litis, *l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. & tot. tit. C. de transact. l. 1. l. 2. ff. eod. Jas. in d. l. pactum curatoris, n. 3. C. de pact. d. l. præses. & ibi Jas. n. 11. & 12 in pr. juncto vers. quartò nota. C. de trans. per d. l. contra juris, §. fin. ff. de pact.* Cui verò
21 id, quod difficilius est, † cū maius sit: ei etiam id, quod facilius, quia minus, concedi debet, *l. non debet. 21. ibi Dec. Petr. Fab. Hier. Cagnol. Hier. Duacen. post gl. ff. de reg. iur. c. cui licet. de reg. iur. in 6. & ibi Dyn. Pet. Peck. & alii Eberh. à Middelb. in loc. legal. 15. & 16.*

Quartò, quia lege vel homine administratio-
22 nem bonorum † cum libera potestate habet, is transigere & remittere potest, *l. procurator cui generaliter. ff. de procurat. ibi Interpp. gl. ad l. transactionis 7. & ibi Jason. n. 7 d. l. præses. cum ibi notatis à Bald. Saly. Jas. C. de trans. Jas. ad l. pactum curatoris, nu. 2. C. de*
23 *pact. c. 2. c. de cætero. extr. de trans.* At pater † in bonis filii adventitii generalem administrationem habet cum libera potestate, *per d. l. 1. C. de bon. mater. d. l. cum oportet. l. fin. per tot. C. de bon. quæ lib. Bald. in l. 1. ff. de reb. eor. qui sub. & in d. l. præses. ibi Jas. Castr. Bar. C. de transact. Bal. in d. l. 1. C. de bon. mater. & in d. l. fin. § fin autem. § cum autem. C. de bon. quæ lib.* Habet ergo liberam quoq; potestatem remittendi, transigendi, renunciandique.

24 Quintò, jus † quod duntaxat in spe est quæsitum, pœnitendo & repudiando, & alienando auferre alii possumus prius, quàm istud plenè & perfectè acquiratur, *l. 3. ibi Bart. post gl. ff. de serv. export. l. 1 ibi Bald. C. si mancip. ita fuer. ad Job. de Imol. in l. filiusf. § cum pater. in pr. & in l. si domus § fin. ff. de legat. 1. Hartm. Pistor. à Seusel. lib. 2. qu. 4. n. 31.* Sed in hereditate illa paterna W. à Sr. per obitum A. & A. fuit tantum spe jus quæsitum W. I. & C. W. nepotibus. Hoc ergo eorū jus potuit per renunciationem I. à W. & I. B. von H. ipsis auferri.

Sextò, à lege † patri potestas data est, ut repu- 25
diet, vel adeat adventitiam hereditatem filio delatam, *l. ult. C. de bon. quæ lib. & ibi interpp. omnes.* Re-
nunciare † autem nihil est aliud, quàm certa par- 26
te bonorum accepta ab hereditate abstinere, & eam repudiare, *Alciat. ad l. 1. C. de pact.* Unde per
renūciationem creditur filia desinere suam esse 27
heredem, instar exheredati, *Bart. ad l. sciendum. n. 3. ff. de suis & legit. & in l. Titio genero. ff. de condit. & demonstr. l. si filius. ibi Bart. ff. ad SC. Tertyll. l. cum ex filio. ff. de vulg. & pupill. Bald. ad l. qui patris. col. antepen. C. unde lib.* Nihil ergò hi patres fecerunt, quod sui non erat officii.

Septimo, hereditas W. à Sr. & G. B. conjugū, W. I. & C. pro rata portione delata, procul dubio, quoad ipsorum patres I. à W. & I. B. von H. lucra fuerunt nuptialia primi matrimonii: quia eius occasione obvenerunt, *Auth. lucrum. ibi Dd.*
C. de secund. nup. Sed in his rebus † potest pater li- 28
beris præiudicare, adeò ut ultima eius dispositio possit uni filiorum ista omnia, alteri nihil vel valdè parum, prout videbitur, tutò relinquere, *leg. 3.*
C. de secund. nupt. Et licet illa lex, † quo ad id cor- 29
recta sit *per d. auth. lucrum,* ratio tamen eius durat, adeò ut hoc argumento, *& arg. l. is, qui cum plures. ff. de legat. 3. l. unum ex familia. ff. de legat. 2.* Castren.
alibi tradat, posse patrem † feudum novum uni 30
filiorum dare, exclusis cæteris, licet id ex providentia & pacto domini videatur omnibus ex æquo quæsitum esse, quod & Bald. voluit *ad c. unic. col. 4. vers. quærit hic gl. in agnat. vel fil. vasall. & in c. imperialem. col. 4. vers. quæro utrum pater possit assignare. de prob. feud. alie. per Frid. per c. 1. in fin. quib. caus. feud. amitt. l. unic. §. in novissimo. C. de caduc. toll. iuncta l. 1. C. de his qui ante aper. tab. Franc. Sonsbec. part. 13. feud. nu. 100 vers. tertia conclusio erit.* Potuerūt igitur & illi patres suis liberis renunciando in hac hereditate præiudicium facere: cum in specie, quod ad transactionis facultatem, *ratio d. authen. lucrum.* non reperiatur correcta. Quod autem correctum in specie non est, cur stare prohibetur? *l. præcipimus. in fin. C. de appellationib.*

Octavò, pacta dotalia inter A. & I. à W. inter
A. & I. B. von H. constituta vim quandam ulti- 31
mæ voluntatis, seu potius mortis causa donationem habuerunt, *arg. leg. fin. C. de pact. l. qui pretio. 8. ff. de mort. caus. donat.* cum certum modū præscribant dividendæ & omittendæ hereditatis avitæ, ipso avo & avia consentientibus & paciscentibus, nempe ut si septingentis dotis solutis insuper à W von St. post parentum suorum obitū singulis sororibus ducenti adiiciantur, filiæ istæ earumq; mariti renuncient; prout in pactis do-
talibus latius est videre. Sed, si id, † nedum pater 32
legitimus administrator, verum etiam curator, vel tutor det, tradat faciatq; quod pupilli vel minoris pater, vel tutor dare facere promisit, vendidit, vel ex quo alio contractu dare, obligatus fuit, valet & firma est alienatio etiam sine decreto, *l. 3. § item quæri. l. magis puto. 5. §. sed si pater. §. seq. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 1. l. 3. C. quando decret. opus non est, l. non tantum. 51. §. is autem. ff. de fideicomm. libert. l. alieno. § qui fideicommissariam. eod. l. fistulas. 78. § 1. ff. de contr. empt. Arius Pinell. ad d. l. 1. part. 3. num. 24. vers. mihi etiam. C. de bon. matern.*

Nonò coniuncti scientia † & approbatio cō- 33
tractum

tractum à coniuncto gestum reddit firmum & irrevocabilem, favore coniunctionis: cum hoc modo præsumatur coniunctus sciens & patiens consentire, & tacitè quasi mandare, ut alienet, *l. si servus communis, in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor. Bart in l. quæ dotis, ff. sol. matr. ibid Jas. 70. 71. 83. per l. cum proponas C. de pact. Aym. Cravet. cons. 237. nu. 1. vers. sed quando coniunctus patitur alienare.* In præsenti autem facti specie scientiam renunciationis à patribus ipsorũ factæ habuisse ab ipso prope negotii exordio, nõ solum suadet summa patris & filii coniunctio, qua nulla arctior, *l. octavi. ff. unde cogn. l. de tutela, C. de in integr. rest. min. Aymon Cravett. d. cons. 237. nu. 1* sed evidentia etiam facti quodammodo convincit.

34 Cæterum his omnibus sepositis † in partem contrariã magis inclinat veritas, nempè hanc renunciationem minùs jure factam non esse. Nam etsi pater legitimus bonorum adventitiorũ administrator, sine prætoris decreto alienare, transigere, & instar domini omnia agere potest, *per d. l. 1. C. de bon matern, d. l. fin. §. sin autem æs. C. de bon. quæ lib. Azo. d. n. 11. C. eod. Bal. Castrens. Jas. in d. l. præses. 12. C. de transact. Tiraq. d. præfat. ad d. l. si unquam. n. 28. & seqq.* & reliquas supra allegatas autoritates
35 ac fundamenta, cum nemo † melius, quàm pater pro liberis suis consilium capere credatur, *l. nec in ea, ff. ad l. Jul. de adult. l. penul. C. de sponsal. Paul. Paris. cons. 106. n. 47. vol. 4. Aym. Cravet. cons. 1. nu. 2.*
36 *vers. & pietas paterna, vol. 1.* ut cuius † amor est inæstimabilis, *Bald. in l. precibus. col. 6. C. de impub. & aliis subst.* eximius & ardentissimus, *gl. in l. Paulo Callimacho. § Pomponius ff. de legat. 3 Cravet. d. cons. 1. n. 2. Paul. Paris. d. cons. 106. num. 49 vol 1. per l. fin. C. de curat. fur.* adeò ut non debeat ab aliquo redargui, *Paris. d cons. 106. n. 49* quod patri visum est competens & utile pro pace & tranquillitate filiorũ, *Paris. d cons. 106. nu. 48. per l. si furiosi. in fin C de cur. fur. pr. od. dand. l. fin. C. eod. Paul. de Castr. consil. 108. super primo quæsito. dub. 7. vol. 1. Aym. Crav d. cons. 1. n. 2.*
37 non tamen † absolutè & liberè huiusmodi bona alienare, & de iis transigere & disponere potest, sed necessitate demum & iusta causa urgente: quod expressius consuluit Bald. *cons. 357. incipiente nulla mulier. col. 2. lib. 1. & cons. 215. incip. proponitur quod investitura. col. 3. vers. adverte hic. lib 2. & docuit idem Bald ad l. 1. C. de bon. matern. & ad l. si pupillorum. §. si pater. ff de reb. cor. qui sub tut. Fran. Aretin. ad l. ult. § pupillus. ff. de verb. obligat.* Quamvis autem quidã
38 interpp. † Azonis dictum, *d. num. 11. in summ. C. de bon. quæ lib.* nimis generaliter acceperint, ac si liberè & absoluta potestate ea bona filiorum pater alienare possit, *ut refert And Tiraq in præfat. ad d. l. si unquam. n. 32 vers quanquam multi ita allegãt:* illa tamen Azonis mens nunquam fuit, qui tantum de necessaria alienatione, ut si ære alieno filiusfam. vel materna hereditas agnita sit gravata, locutus est, ut Andr. Tiraquell. *d. nu. 32.* declarat & probat, tam ex textu, *d. l. fin. §. sin autem æs. C. de bon quæ lib.* quàm Baldo, *in d. l. 1. C. de bon matern. & in d. l. si pupillorum. §. si pater. ff. de reb. cor qui sub tut. Aretin. in d. leg. ult. § pupillus. ff. de verbor. obligat. Jason in d. l. præses. 12. C. de transact. & ad l. singularia. n 19. ff. de reb. cred. si cert. pet. Jas. eodem in l. filiusfam. 14 n. 9 ff. qui satisd. cog. Ario Pinell. ad d. l. 1. part. 3. num. 21. C. de bon matern.*

Ratio est manifesta: Nam etsi pater † liberam 39
à lege habeat administrationem, scilicet ut conservet & defendat res filii adventitias & maternas, non tamen ut alienet & perdat. Imò regula est, † patrem res adventitias filii alienare nõ pos- 40
se, *l. 1. C. de bon. matern. ibi Arius Pinel. per tot. part. 3,* id quod etiam cavetur, *in l. quicquid. C. de bon matern.* ubi Arcad. & Honor. Impp. rescribũt. Quicquid avus, avia, proavus, proavia, ex materna linea venientes nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamẽto, fideicommisso, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam intestati, successione contulerint. pater filio, filiæve integra illibataq; custodiat, ut vendere, donare, relinquere, alteri obligare, sicut nec materna bona, nõ possit, usufructu duntaxat ad eum pertinente. Ab hac regula † unus duntaxat excipi- 41
tur casus, *in d. l. fin. §. sin autem æs. C. de bon. quæ lib.* scil. nisi æs alienum efflagitet alienationem. Ex quo Arius Pin. † *in d. l. 1. part. 3. n. 21.* ita infert; 42
Ex hac, inquit, regula prohibitiva, ne pater alienet adventitia filii, cavendũ est ab eo, quod plures putant, ex sententia Azonis posse patrem liberè adventitia liberorum alienare. Azo enim id dicere non potuit, obstante *hac l. & l. fin. §. ipsum autem. vers. non autem. C. de bon. quæ lib.* Hæc ille. Quinimò subdit Azo *d. num. 11. C. de bon quæ lib.* nõ esse necessarium decretum, quando pater sic alienat ex causa necessaria, q. d. è contrario, si non alienat ex causa necessaria, decretum erit necessarium, aut prorsum alienare non poterit.

Est deinde & illa ratio: Quo casu tutori & curatori † patri, & cuicunq; alii permittitur rem fi- 43
lii distrahere cum decreto prætoris, *iuxta l. 3 C. de præd. min.* patri administratori legitimo concessum est, sine decreto id facere. *in d. lege ult. §. sin autem æs. C. de bon. quæ lib. & ibi Interpp. Roman. & & Jason num. 9. ad l. filiusfamil. 14. ff. qui satisd. cog. Johann. Anton. Trigonus, singul. suo 22. per tot. Tiraqu. in dicta præfat. num. 34.* in cæteris verò omnibus causis ei alienatio est interdicta, *per dict. l. 1. d. l. 2. C. de bonis matern dicta lg fin §. ipsum autem. versic. non autem. de bon. quæ lib.* Atqui tutor † vel cura- 44
tor cum decreto propter nullam aliam, quam necessariam æris alieni causam, res pupilli, minoris alienare potest, *d. l. 3. C. de præd. minor. leg. ob æs alienum. C. eod. Andr. Tiraquell. d. nu. 34.* Ergo nec pater legitimus administrator aliam ob causam poterit alienare cum effectu res filii adventitias, quam necessariam.

Justitiam ergò causæ, † & quidem necessariæ, 45
non minus in patre alienante circa bona adventitia, quam in quolibet alio, etiam ex decreto alienante administratore, jura desiderant, licet decretum judicis ei remittant: & in eo omnes supra allegati interpretes conveniunt, eamque sententiam communem profitentur, à qua in judicando & respondendo, ut diximus, temerarium Jasoni visum est recedere *in dict. leg. præses. num 5. C. de transaction. & in d. l. singularia, num. 19. ff. de reb. cred. si cert. pet.* Id enim liquet ex iis, quæ supra ex Ario Pinel. *in d. part. 3. ad d. l. 1. num. 21. & seqq.* recitabantur: ubi cum declarasset Azonis sententiam, tandem subiicit: Eam Azonis sententiam esse receptissimam, eamque probare Bald. Paul. Alex. *in d. l. præses, 12. C. de transact.* Idem

testatur Andr. Tiraquell. *in d. præfat. num.* 28. 32. & 34. ubi ex superioribus ita infert: Ergo, inquit, omnibus modis, veram arbitror (sententiā scilicet Azonis) ita tamen intellectam, ut suprà diximus, ut videlicet possit pater ob necessitatē, filiorum ipsorum bona immobilia, quorum est legitimus administrator, alienare sine decreto judicis. Confirmaverat autem idem ante & autoritatibus & rationibus, *num. nimirum* 31. & 32. Idem pronunciat Pet. de Ravenna, *singul. suo* 555. Pater, inquit, legitimus administrator filii, potest alienare bona filii sine decreto, quando necessitas subest, quod dictum est singulare Azonis, *in summa, C. de bon. quæ lib. secundum Bald. ad l.* 1. *de rebus eor. qui sub tut.* & Johan. Ant. Trigon. cum *sing. suo* 22. *num.* 1. & 2. multis confirmasset, patrem legitimum administratorem habere jus alienandi sine decreto, mox *num.* 3. *versic sin autem.* hæc verba subnectit: Sin autem, inquit, absque necessitate, & urgente caussa hoc faceret (hoc est alienaret) talis alienatio esset ipso iure nulla, *l. non solum, l. cum oportet. C. de bon. quæ lib. Et ita voluit Bald in d. l.* 1. *ff. de reb. eor. qui, &c. per text. in leg.* 1. *C de bon. matern. & Gab. Sab. in addit. ad singul.* 155. *Mathesilani, num.* 8. *ex gloss. in l. quæcunq. verb. interdicta, ibiq. Bald. C. de bon. quæ lib.* testatur, quod pater prohibitus sit alienare bona adventitia filii, nisi quando alienat pro utilitate & usus necessitate filii filiæve. Quod idem etiam inculcat Arius Pinellus *in d l.* 1. *part.* 3. *num.* 30. si scilicet sit utilius filio bona alienare quàm retinere, *per d gloss. in d. l. quæcunq. verb. interdicta. Jason in leg. contra iuris.* §. *fin. num.* 8. *ff. de pact. Andr. Tiraquell. de iure commun. gloss.* 8. *numer.* 74. Idem necessitatis & utilitatis tantum causa licere patri alienare, commune testatur Johan. Bertachin. *in suo Repertorio. verb. pater administrator est legitimus. versic. pater prohibitus alienare. versic. pater potest administrare. & Wesembec. consilio* 52. *nu.* 53. & 54. Etsi verò, inquit, dubitet de patre, cuius filius sit in potestate, bona administrante materna, tamen firma & vera est communis conclusio, ne hunc quidem sine iusta & probata necessitatis caussa alienare posse, etiāsi decreto perinde nō habeat opus, ut aliàs And. Tiraquell. *in d l. si unquam, in princip. num.* 28. Idem corroborat Bald. *in sua Margar. in verb. alienatio. colum.* 1. *versicul. alienatio necessaria. & in verb. parentes. versic pater est legitimus.* ubi ait, alienationem necessariam patri legitimo administratori permissam esse, ut eam sine decreto faciat. Idem asseruit Jason *in d. lege filiusfamil.* 14. *num.* 9 *ff. qui satisd. cog.*

46 Renunciationem autem † illam, qua hi patres filiorum suorum avitæ à linea materna venienti hereditati renunciaverunt, esse alienationem, cum sit patrimonii deminutio, minus dubii habet, *secundum Alexand. ad leg.* 3. *in princip. ff. de damn. infect. Paris. consil.* 127. *num* 16. *volum.* 1. *per leg.* 1. *C. de fund. dotal. l. magis puto.* §. *fundum. ff. de reb. eorum qui sub. Anton. Gomez.* 2. *variar. resolut.* 14. *numer.* 14. ob id, quod hic non est futuræ, sed delatæ hereditati renunciatum, *d. l.* 1. *C. de fund. dotal.* secundum definitionem alienationis traditam, *in lege alienationis.* 28. *de verb. signif. l. fin. C. de reb. alien. non alien. Gomez. d. cap.* 14. *num.* 14. quo casu adeò pro
47 alienatione † habetur, ut etiam in creditorum fraudē facta possit revocari, *l.* 1. §. *ult. ff. quæ in fraud. cred. Andr. ad d. leg. si unquam. verb. donatione largitus. num.* 178. & 182. *C. de revoc. donat.* & tanquam inofficiosa, instar donationis inofficiosæ accusari: *Andr. Tiraqu. ad d. leg. si unquam. verb. donatione magis, num.* 178. cum sit iuris illius non nuda ac simplex repudiatio, quæ ideò inter causas alienandi non refertur à Bertachino, *in verb. repudiatio. ex Bald. in l. pupillorum. C. de repud. hered. & ibid. à Paulo de Castr. per l. alienationis. vers. qui occasione. ff. de verborum signification. l. non alienat. leg. non fraudantur. ff. de regulis iur.* Sed acquisiti remissio, ut contingat liberatio, Tiber. Decianus *Respons.* 39. *numer.* 48. *volum secundo*, quæ species est alienationis: *leg species. ff. de acceptil. l. alienatum.* 67. *de verbor. significat.*

Prohibita autem † alienatione, prohibitus intelligitur omnis actus, quo id, quod acquisitū habetur, in alium transit *per d. l. alienationis.* 28. *l. alienatum* 67. *ff. de verbor. significat. & ibi Interpp. leg. fin. ibi Bart. Bald. Saly. Sichard. C. de reb. al. non alien. Bar. in d. leg. alienationis,* 28. *Paris. consil.* 22. *n.* 51. & 52 *vol.* 3. vel transire potest, *Tib. Dec. resp.* 54. *n.* 59. & 60 *vol.* 2. *resp* 91. *nu.* 25. & 3. aut id fiat irrevocabile, quod remittitur, *Decian. resp.* 9 *n.* 80. *vol.* 2. *per gl. in l. itē quia. ff de pact. Bar. in l. codicillis.* §. *matre. ff. de legat.* 2. vel in transactionē deducitur, *Decian resp.* 28. *n.* 7. *vol.* 3. *d. respon.* 54. *nu.* 59. *volum.* 2. *Paris. consil.* 85. *nu.* 15. & 16. *volu.* 4. 48

Hi ergò patres, nisi ob necessitatem æris alieni, vel aliam ob iustam utilitatis causam fecerint, in liberorū suorum præiudicium delatæ isti hereditati renunciare de jure neq; debuerunt, neq; potuerunt, *per d. l.* 1. & *d. l.* 2. *C. de bon. matern. verbo, donare, relinquere, alteri obligare. leg.* 4. *vers. easdem rei quocunq. modo alienandi. vel pignoris seu hypothecæ jure obligandi facultate penitus ei interdicta, C. de bon. quæ lib.* Nam adeò † etiam renūciare juri quæsito sine iusta & necessaria caussa prohibetur pater, *Wesemb. d. cons.* 52. *n* 53. & 54. *cons.* 65 *nu* 4. etiamsi princeps esset, *Tib. Dec respon.* 117. *nu.* 21. *volum.* 3. *Georg. Natta ad c. quamvis, num.* 226. 235. *de pact. in* 6 *Baptist. à Villalob. commun. opin. verb. pater non potest. n.* 33. *Corn. cons* 252. *n.* 1. *vers. & propterea videtur, vol.* 1 *Aym. Cravet. cons.* 74. *nu.* 1. ut ne quidem bonorum possessionem delatam filio in adventitiis queat repudiare, *Jason ad d. leg.* 1. & *l.* 2. *num.* 1. *C. de repud. bon. possess. Baptist à Villalob. in thesauro commun opin. verb. pater non potest, numer.* 34. *per leg. is qui heres.* 13. §. *final. ff. de acquirend. hereditat. ubi Bartolus & alii.* 49

Necessitas autem † æris illius alieni, quo renunciantium filii obstricti fuissent, & iusta remissionis caussa non præsumuntur, sed probanda sunt, *Wesembec. in dicto consil* 52. *num.* 54. & ut Arius Pinellus *in d. leg. prima, part* 3. *num.* 23. *C. de bonis matern.* ait: cum regula sit negativa, ut pater alienare & omittere nequeat adventitia filii. 50

Unde infertur utiliter, quod † patre alienāte, fundata sit intentio filii vindicantis rem alienatā, ut fere in terminis tradit *Dec. cō.* 60 *col.* 5. quia sufficit habere regulā: adversarius aūt (in quē alienatio facta est) probare debet causam limitationis vel specialitatis, & quod hic casus sit unus à 51

regula

regula exceptorum, *secundum Bart. in l. 2. num. 3. 1 ff. si quis in jus voc. non ier. ibid. Jas. num. 33. idem Jas. in l. fin. num. 14. C. de edict. D. Adrian. toll. Decius ad l. 1. nu. 6. & 8. ff. de regul. jur. Zas. consil. 8 num. 34. vol. 2. Wesemb. consil. 7. num. 7. Hieron. Schurff consil. 59. num. 8. 9. 10. 11. cent. 1. Mynsing. consil. 14. num. 18 19. 20.* Et ita, in quem à patre alienatio facta est, non poterit evitare condemnationem, nisi probet, alienationem ex legitima causa factam esse, *Arius Pinel. in d. part. 3. num. 23. per doctrinam Bart. in l. si forte. ff. de castrens. pecul. Castrens. in l. si vir uxori. ff. ad senatusc. Vellejan.*

Necessitatem æris alieni hoc casu in promptu non fuisse, ex eo facile constat, quod neq; ex sua, neq; ex defunctarum matrum, neq; W. à S. persona obligati fuisse docentur. Imo vero, hæc si adfuisset necessitas, non remittendum, non renunciando donandum, neque minimo accepto recedendum fuisset à tam locupletissima (ut in facto proponitur) hereditate, quæ utiq; solvendo fuit.

52 Sed nec utilitas † aliqua liberorum hic facile docebitur; cum utilitas sit in acquirendo, non in remittendo, acceptum ferendo, apud adversarium relinquendo & repudiando: quia bona deminuunt ista, non augent, non beant, *Paris. consil. 127. nu. 16. vol. 1. Tiber. Decian respons. 117. nu. 21. vol. 3. Jas. consil. 113 vol. 1. Joh. Baptist. à Villalob. comm. opin. verb. pater non potest. num. 33. & 34.* Atqui dixeris, crediderunt ad id se obligatos ex pactis dotali-
53 bus: contractum † vero adimplere necessitatis est, *l. in commodato. §. sicut. ff. commodat. l. sicut. C. de obligat. & action.* cum grave sit, & viro nobili plane indignum fidem fallere, *l. 1. ff. de constit. pecun. l. 1. ff. de pact.*

Dixeris quoque, justam ex eo subesse causam, quod ob pacta illa controversia orta sit, quæ fortasse sine ingenti damno liberorū & magno sumptu non potuisset expediri. Imo vero, litium e-
54 ventus † satis est dubius & incertus: ideoq; per se satis justa causa remittendi transigendiq; negotii, *l. 1 l. 2. l. 3. C. de transactio.* Sed hoc nihil est. Nullibi enim hæ causæ inveniuntur à regula, quæ est *in l. 1. & l. 2. C. de bon. matern. & in d. l. 4. C. de*
55 *bon. quæ liber.* exceptæ, † cum sola necessitas æris alieni, *d. l. ult. §. fin autem as. C. de bon. quæ liber.* & deinde, si ex alienatione aliquid majoris utilitatis accrescat filio, eaq; filio sit utilior, *Arius Pinel. in d. part. 3. num. 30.* justæ in jure nostro definiantur causæ, quarum neutra hic apparet. Ideoque re-
56 gulæ † standum, quia de casu excepto non docetur, *Hieron. Schurff. consil. 59. num. 8 9 & seqq. cent. 1. Mynsing. consil. 14. num. 18. 19. 20. Wesemb. d. consil. 7. num. 7. Eberhard. à Middelb. in loc. legal 9. ab except. ad regul. num. 12. Jas. in d. l. 2. num. 33. ff. si quis in jus voc. non ier. per l. suus quoq. versic. puto. versic propter quæ ff. de hered. instit. c. venerabilis. §. potest quoq. extr. de sent. excommun. Arius Pinel. d. part. 3 num. 23.*

57 Deinde, non vana † suspicio, & temeraria opinio pro justa reputabitur causa; ut nec vana violentiæ & metus suspicio, sed quæ vis, qui metus in constantem virum cadere potest, pro justa causa habetur, ob quam locus esse queat prætoriis beneficiis, *l. 5. l. 6. & ll. seqq. ff. quod met. caus.*

In præsenti autem facti specie nulla erat justa suspicionis illius causa: nam cum A. & A. ante obitum † W. à S. patris decessissent, & earum 58
filii filiæque tempore mortis ejus ei essent inter suos, *§. divi autem principes. §. Seji. §. sed nos cum adhuc. §. fin. Instit. de heredit. quæ ab intestat. defer. Novell. 118. cap. 1.* licet sui heredes revera & proprie ei non fuerint, *juxta §. sui. Instit. de hered. qualit. & different. §. sui. & seqq. Instit. de hered. quæ ab intestat. defer.* utiq; pacto illi de renunciando locus esse amplius non potuit. Hoc vel inde ostenditur: nam etsi A. & A. piæ memoriæ, jurejurando intercedente patri suo W. renunciassent, † tamen, cum 59
superstite patre vita functæ hos suos filios reliquerint, renunciatio, quo ad hos inutilis & irrita facta fuisset, nec eis obstitisset: quia etsi non potuissent venire amplius jure matrum suarū; proprio tamen jure venissent, *per d. Novell 118. c. 1.* cum matrum renunciationem hac conditione factam interpretemur, si ad illas deferatur hereditas; ut late examinat & probat Georg. Natta *in repetit. c. quamvis. num. 126. 127. & 128. ibid. Matth. Boyss. in addit. Marant. disput. 10. post aure specul. Paulus de Castr. consil 54. tom. 3 Wesemb. consil. 11. nu 14. Andr Gayl 2. obser. 147. Gothofr. ad l. 3. C. de collat Didac. Covarr. ad c. quamvis part. 3 relect. §. 2. nu. 4 & 5. de pact. in 6. Zas. ad l. 61. de verbor. obligat. Philip. Francus ad d. c. quamvis. Mynsing. consil. 37 nu. 19. Mich. Graff in thesaur. comm. opin lib 1. cap. 10. quæst. 5. versic aut vero moritur. Andr. Tiraq. de jur primog quæst. 40. num. 113. & 117. & seqq. Socin. regul 194. Filia renuncians. versic. decimoquinto fallit. Baptist. à Villalob. comm. opin. verb. filia renuncians. num. 151. Aym Cravett. consil. 84. versic. contrarium tamen. & d. consil. 127. num. 1. & seqq.*

Quod si illud ita est, quando mediante juramento renunciassent; quanto magis dicetur, conditionem pacti de renunciando defecisse, prædefunctis matribus ante patrem, nulla adhuc facta renunciatione: cum longe minoris † sit ef- 60
ficaciæ pactum nudum de renunciando, quam jurejurando firmatum, vel ad effectum productum, *argum. d. c. quamvis. de pact. in 6. l. qui superstitis & ibi interpp. ff. de acquir. hered. l. licet. & ibi Doctor. C. de pact.* nec dubium sit, pacto de † renunciatio- 61
ne futura hanc quoque inesse conditionem, non minus, quam juratæ vel simplici renunciationi, si ad se hereditas deferatur, & rebus ita stantibus, *Mynsing. consil. 37 nu. 17.* rebus vero in † alium sta- 62
tum mutatis evanescere pactū, sicut & juramentum, *l. fin. ff. qui satisd. cog. l. cum quis. in princ. ff. de solut. l. Mævia nepote §. uxore herede. ff. de ann. leg l. in confirmando. l. seq. ff. de confirm. tut. Mynsing d. consil. 37. num. 17. 18. 19.*

Cum itaq; pactum illud corruisset, & ad non causam esset redactum, non potuisset amplius hæc servandæ fidei necessitas subesse: quod & ipsi renunciantes duo patres W. & B. satis intellexerunt, eo ipso, quod noluerunt dictæ in pactis dotalibus summæ adhuc numerandæ acquiescere, sed amplius sibi solvendū asseruerunt. Quod si putassent, se sine fidei religionisq; fraude vel violatione non posse detrectare renunciationem in pactis dotalibus promissam, utiq; etiam suspicari potuissent, se non posse quicquam ultra conventam in iis summam sine fidei fallacia desiderare.

Quod si altera ratio aliquam renunciationis justitiam operaretur, patri & cuicunque legitimo

cessisse censetur, *Bart. in d. l. 1. §. nec castrense. Johan. Schneidevv. ad §. quadam. ubi de famil. hercisc. action. num. 45. Fern. Vasq. d. lib. 3. de success. creat. §. 30. ad d. §. imputari, num. 214. Castr. Jas. & alii in d. l. omnimodo §. imputari. Coras. ad l. filium quem. num. 110. C. famil. hercisc.* Eamque communem esse opinionem o-
334 mnes affirmant. Sed etsi pater † sua pecunia filio salarium advocandi quæsivisset, cessat tamen collatio, quia cessat imputatio in legitimam, secundum communem & veram opinionem Ferdinandi Vasquii *d. libro 3. in d. §. imputari, num. 217.* At eadem in præbenda & clericali conditione acquirenda filio ratio est, cum & hæc sit personalis, non patri realis, *Hostiens. in summa de praben. in princ. & n. 6. de instit.* & unà cum persona exstinguatur, neq; ad heredes transeat, *c. Moises. c. Apostoli. 8. q. 1. c. præsentiam. c. conquerentur. c. ex transmissa. extr. de filiis presbyt.* nec in commercio existat, sed honori tribuatur. Ideoq; nec præbenda ipsa, nec quod pro ea expensum est, in collationem cadet.

335 Denique & in specie, quod † neq; præbenda ipsa, neq; quod pro ea expensum est, neq; fructus inde percepti, in collationē veniant, plurimi tradiderunt: Et quidem inter cæteros Castrens. *in d. l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. testam.* ubi ait: Si ergo pater acquirit filio beneficium ecclesiasticum, & in hoc magnam facit impensam, cū illud non possit vendi, nec ad heredem transmitti, pecunia, quam pro illo expendit, non computatur filio in legitimam, nec in suam portionem, sicut si pater expensas faceret filio in studio vel in Doctoratu, quia censetur fecisse caussa pietatis, *ut in l. quæ pater. ff. famil. hercisc. Idem tradit Vasq. d. lib. 3. de success. resolut. §. 30. ubi ad d. § imputari. num. 16.* Denique inquit, an expensæ factæ à patre, ut filius nanciscatur beneficium ecclesiasticū (seu ut rectius loquar) sacerdotium, sint in legitimam imputandæ? Et communis & vera conclusio est, quod non, *secundum Coras. n. 91. ad d. l. filium quem. C. famil. hercisc. &* Ripam *in d. l. in quartam. 166. ubi Alexand num. 22. &c.* Et ratio, inquit, est quia tale sacerdotium habetur loco peculii quasi Castrensis, *leg. sacrosancta. 33. C. de episc. & cleric.* & consequenter in legitimam non imputantur, *l. 1. §. nec castrense. D. de collat. bonor.* Secunda ratio, inquit, est, quia habetur loco dignitatis, *ut in d. l. sacrosancta.* & consequenter cessat imputatio, *d. l. 1. §. nec*
336 *castrense. vers. sed an id.* Tertia ratio, † quia donatio simplex, etiā filiofam. facta à patre nō imputatur in legitimam, *ut est text. in l. si quando. §. & generaliter. C. de inoffic. testam.* Deniq; id nec emitur, nec venditur, nec etiam transmittitur. Hæc Vasqu. Idem scribit & sequitur Pet. Gregor. *in Syntagm. Juris, libr. 44. cap. 6. num. 47. Jason in d. l. omnimodo. §. imputari. itemque Aymon Cravetta d. cons. 136. Michael Graff. lib. 1. § legitima. quæst. 26. num. 3.* & infiniti alii, ut non dubitetur, hanc ab omnibus receptam esse opinionem, cui sententiæ vel ideo standum est, quod nullo juris textu ostendi potest, eiusmodi pecuniam vel præbendam conferre oportere. Pro regula autem in materia collationis traditur, quod ea non habēt locum, nisi in casibus à jure expressis, *per leg. illam. C. de collat. ibi Riminald. num. 8. Jason. num. 5. & 6. Johan. Petr. Surd. d. cons. 219. num. 20. & consil. 143. num. 14.* ubi ex Riminaldo refert, quod ex quo est materia exorbitans à regulis juris, quicquid non reperitur expresse permissum, ut conferatur, esse prohibitū, nec aliud esse superstitiosis inventionib. præsumendum, *c. consuluisti. 2. quæst. 5.* & qui allegat jus, tenetur probare, iuxta illud: Legem pone mihi domine. ut inquit *Bald. in consil. 340. in fine, vol. 5. & latè prosequitur Cravetta consil. 194. n. 3.* nec potest opponi de eo, quod iure cautum non reperitur, *§. optimum. Novell. 2. de non eligen. secund. nubent.* ideoque nec à re ad rem, nec à persona ad personam collatio extenditur, *Joh. Petr. Surd dicto cons. 219. num. 20.*

Quæ cum ita sint, nihil obesse ea, quæ dubiū movere videbantur, apertum est.

Nam quod ad primam & secundam dubitandi rationem attinet, non constat, patrem ideo in donationem propter nuptias assignasse, aut filio comparasse, ut in legitimam imputetur, vel præbenda ipsa, aut expensa à se pecunia, vel fructus, aut id, quod aliquando ex resignatione præbendæ consequi possit. Ut ubi de hac voluntate patris non † constet, standum meritò sit iuris com- 337
munis dispositioni, *per d. l. præcipimus. in fi. C. de appellat. d. l. sancimus. C. de testam.* cui & alias in dubio quilibet se suamq; voluntatem conformare censetur, *Bald. in l. precibus. vers. procedo ulterius. C. de impub. & aliis substit. argum. l. si duo. ff. de acquiren. hered. Jason in l. post dotem. num. 32. & 33. ff. solut. matrim.* adeò, ut si quid secus dispositum inveniatur, hoc ex legis dispositione declaretur, ut cum ea, tanquam caussa sua finali, conveniat, *per l. verbis 120. de verborum significat. leg. nemo potest. 55. ibi Bartol. Jason, Bologn. ff. de leg. 1. l. filius. 15. ff. de condit. instit. leg. non dubium. C. de legib. Wesenb. cons. 66. num. 3. Jason in d. l. post dotem, num. 32. vers. & concludit.* Ideoque etsi pater revera † voluisset, ut hæc pecunia ex- 338
pensa, vel beneficium ecclesiasticum, eiusque fructus, aut quod aliquando ex resignatione haberi possit, in collationem caderet, tamen hæc eius dispositio, ut juri, pietati & verecundiæ contraria, esset inutilis & irrita, *per d. l. non dubiū. C. de legib. gloss. in d. l. in re mandata. C. mandati. per d. l. filium. 15. Bald. ad leg. 2 in 2. lectura. ff. de his, qui sunt sui vel alieni jur. gloss. & Doctores in d. leg. nemo potest. 55. ff. de legat. 1.* Jura enim publica, quæ circa ipsas præbendas & bona ecclesiastica constituta sunt, ut in patrimonii computationem non veniant, neque æstimationem recipiant, neque emantur, vendantur, neque in quartam imputentur, nec in collationem veniant, privatorum pactis immutari non potuerunt, *per leg. jus publicum. ff. de pact.* Nec etiam hæc pactio efficere potuit, ut vel pater ipsemet, vel hi liberi eius imputando & contribuendo evitent crimen simoniæ & pravæ confidentiæ.

Et quod dicitur, patris attendendam esse destinationem, utrum filio donatum velit in peculium profectitium vel castrense, aut quasi castrense imputari, verum est, quādo res ipsa eiusmodi est, ut variam caussam habere possit. Secus si rei natura hæc est, ut filii alio jure quam peculii castrensis, vel quod si castrensis esse non possit, cuiusmodi præbenda hæc est ecclesiastica, quæ nulli laico iure competere potest, sed semper in quasi castrense peculio sua ipsius natura est, per supra dicta.

Quod

339 Quod tertiò † ad *d.l. omnimodo.§.imputari.C.de inoffic.testament.* attinet, is textus huc non quadrat, cum non agat de omni militia, sed quæ Castrense, aut quasi castrense peculium non fit, *per d.l. 1.§.nec castrense. ff. de collat.bon.d.l.sacrosancta.33* vel quæ vendi, aut transire ad heredes potest, ut omnes ibi interpretantur, & novissimè declaratur à M.Anton.Peregrino, *de fideicommiss.d.artic. 36.n.130.Vasq.d.num.202.& seqq in d.§. imputari.* At ecclesiasticum beneficium sui natura neque vendi potest, neque ad heredes est transmissibile. Et quamvis de consuetudine prava aliquid
340 expendatur pro collatione † impetranda, vel resignatione, hoc tamen non intercedit veluti pretium, seu æstimatio, sed ut honorarium quoddam, nec tamen absque vitio simoniæ & pravæ confidentiæ, ut supra probatum est, quod solum vitium seu peccatum efficit, ut licita hæc non fit vel alienatio, aut resignatio, aut pecuniæ acceptio. Illicita autem & prohibita lucra, ut in familiæ herciscundæ iudicium non veniunt, ita nec conferútur, *per d.l.4.§.sed & si quid ex simulatu, &c.ff.famil. hercisc.*

Deinde cum id quod ex consuetudine loci intercedit, non accipiatur uti pretiũ seu æstimatio beneficii, dici jure non potest, tale beneficium
341 vendi: cum emptio † venditio nulla sit, nisi pretio intercedente; absque pretio autem nulla sit emptio venditio, §.1. *ibi D.l. Instit. de emt. vendit.* Unde nec eius rei, cuius nulla æstimatio est, potest esse emptio venditio, §.*fin.Instit.eod.* Cujusmodi etiam beneficium ecclesiasticum esse suprà vidimus.

Qua ratione etiam quartæ obiectionis infirmitas ostenditur, negato minore.

342 Sic nec quintò † Rolan.à Valle divisio, *in dicto tergi 11.num.10.& seqq. volum.* 2. obstat: qui agit de officio scriptorio S.Pauli in curia Rom. quod æque, uti officiũ scriptorium S. Petri in eadem curia vendibile est, consensu Papæ intercedente, qui de facili impetrari potest. Quod officiũ non est clericale per se, seu ecclesiasticum beneficiũ, cuiusmodi præbenda est, sed militia quædam curialis, & de genere earum militiarum, *de quibus in d.l.omnimodo.§ imputari.* in quam nec simoniæ, nec confidentiæ illicitæ crimen cadit. Ideoque cum à separatis nihil rectè inferatur, per jura vulgaria: argumentum non rectè ducitur ab illa militia S. Petri & Pauli in curia Romana ad hanc ecclesiasticam præbendam.

Eadem ratione sextum tollitur, tum quod hic nulla proprie emptio venditio est, tum quod honorarium hoc impensum sit clericatus acquirendi gratia, qui personalis est, nec in bonis, ut conferri possit, tum etiam quod hæc collatio omninò crimen Simoniæ esset habitura, *per ea, quæ Natta respondit, consil. 293.* Et vana est opinio effugiendæ Simoniæ per collationem pecuniæ expensæ, vel pro resignatione consequendæ, ut supra apparuit.

Deinde & illud ex superioribus disputationibus constat, simplices donationes non conferri, secundum frequentiorem Doctorum opinionem, nisi in duobus casibus; quibus hic locus non est propter naturam rei, de qua quæstio est, ut iam dictum fuit, & patet ex Nattæ *d.consil.293.* Sed etsi ob caussam facta, cum tamen illa necessaria non fuerit, sed voluntaria, utique collationem non operatur: uti contra Roland. respondit Johan. Petr. Surd. *d.cons. 143. & cons. 219. & consil.361.* ubi omnia Rolandi argumenta ex fundamento refutat: Cui etiam Aymon Cravetta *d.cons. 136.* adstipulatur, & quidem in terminis acquisiti clericatus.

Qua ratione etiam septimum tollitur: cum hæc matrimonii contemplatio non faciat donationem ob caussam eiusmodi, quæ necessitatem conferendi importet, ut Aymon Cravetta *d.consilio 136.* & Johann. Petr. Surd. *d. loco* ostendunt. Cui accedit, quod huic rei, præbendæ scilicet, qualitas & conditio non patiatur, ut in eiusmodi donationem ob caussam, qualis est donatio propter nuptias, & dotalitium commutetur, aut transeat, *per cap. si quis dator. c. quæsitum. 1. quæst.3.* cum non liceat ex spirituali, vel annexo spiritualibus temporale commodum, licet minimum, nedum tantum sentire, *Natta d.consil.293.num.1.* Sed hoc ipso statim simonia committitur propter corruptam intentionem, *Natta d. cons. 293. num.1. 2. & 3.*

Deinde negatur patrem filio hanc præbendam contemplatione matrimonii comparasse: Id enim ex filii natu maioris quietatione non patet. Et quamvis pateret, hoc tamen minori filio præjudicium non faceret, ut cuius nuptiæ adhuc nullæ sunt, nulla etiam confessio.

Rursum & illud constat, jam dudum ante plures annos patrem filio maiori præbendam comparasse, eandem mox cum alia commutasse, ut ex post facto non possit videri, matrimonii contẽplatione cõparasse atq; concessisse. Quinimò se- 343
mel † peculiũ quasi castrense factum hoc beneficiũ ecclesiasticũ nõ potuit amplius conditionẽ suam mutare filio nõ consentiente, nec rei conditione suffragante: quia nec donatio semel perfecta, potuit à patre alterari, vel ei moderatio aliqua adiici, *l.perfecta.C.de donat.quæ sub mod.l. illud.in fin.C.de collat.Johan.Petr.Surd.cons.147.n.55. Castren.cons.145.volum.1. Alex.cons.8. num.9. vol.3. cons.8.nu.1.vol.2.*

Rationem æqualitatis servandæ, quæ octavo loco dubium facere videbatur, removet tum rei conditio, quod ea non possit in matrimonio filii censeri, aut certe non sine crimine simoniæ, ut iam declaratum est.

Ad nonum respondetur idem, quod ad 1. 2. & 3. neque confessio illa gratuita concessionis & affectus necessariò iussum conferendi infert, nec mutat naturam rei, de qua quæstio est, *per l. nec ex præterito.ff.de reg.iur.* Oportet itemq; volũ-
tatem patris † conformari, & consentaneã reddi 344
legis & iuris dispositioni, ita ut quod ab ea via deflectit, pro irrito ac nullo censeri debeat, *iuxta d.gloss.in d.l. in re mand.C. mandat.d.l filium. 15.ff.de condit.Instit.d.l. non dubium.C.de legib.l. quidam cum filium. ff.de verb. oblig.*

Quibus omnibus diligenter ponderatis, consequens erit, neq; ipsam Præbendã, neq; pecuniã pro ea consequenda expensam, neq; honorarium,

rium, quod pro resignatione sperari potest, neque etiam fructus ex ea perceptos, in collationem venire posse.

Atque hac omnia actis ad nos transmissis, itemque iuri & aquitati consentanea esse censemus: Nos Decanus & cateri Doctores Facultatis Juridica, in Academia Marpurgensi, Salvo tamen cuiusque rectiùs sentientis iudicio. Fidei gratia, Facultatis nostra sigillum appendi curavimus: Quod actum est in consilio Collegii nostri 18. April. Anno 1601.

Consilium XXVII.

Quod est

JOANNIS GOEDDÆI J.U.D. & Professoris in Academia Marpurgensi.

De Parentum transactione super rebus filiorum maternis, maternaque hereditate.

SUMMARIA.

1 *In facto jus positum est, eoq; vitiato, vitiatur eius decisio.*
2 *Facti species, quae ex transmissis colligi potuit.*
3 *Quaestiones qua ex eo facto promanant & discutiuntur.*
4 *Pater secundum multos potest liberorum bona adventitia, & materna absque decreto alienare.*
5 *His contradicitur ab aliis, maximè si liberi sint minores.*
6 *Vocabulum ritè, quid possit & valeat, seu significet.*
7 *Azonis sententia distinguentis circa patrem legitimum administratorem bonorum, & filii curatorem alienantem sine decreto, videtur probabilior & communis.*
8 *A qua in iudicando & respondendo recedere temerarium credit Jason.*
9 *Affectus etsi idem in patre sive curatore filii, sive legitimo administratore, dispar tamen in eo ratio est, quo ad alia.*
10 *Pater filii curator non habet usumfructum, administrator legitimus filii habet usumfructum, quē non est probabile, eum velle diminuere.*
11 *Plus iuris patri, quam ulli alii tutori vel curatori tribuitur.*
12 *Quando fiat transactio, & de qua re seu lite.*
13 *Transactio multis casibus sine decreto facta, valet.*
14 *Vasallus non alienat, sed transigit quandoq; de re feudali.*
15 *Pralatus licet non possit alienare, transigere tamen sine decreto potest.*
16 *Statutum agnatos praferens, facta alienatione non habet locum in transigente.*
17 *Quinam docuerunt vel responderunt, posse patrem de adventitiis filii sine decreto & liberè transigere.*
18 *Transactio hac in bonis filiorum adventitiis secundum quosdam maximè locum habebit, si nobilis pater sit absq; decreto transigens, quia nobilis tutor, minoris curator, administrator, & filiusfam. nobilis donare potest, &c. Sed improbatur, nu. 84.*
19 *Alias regulariter, tutor, curator, procurator, etiam cum libera filiusfam. donare prohibentur.*
20 *Minus & facilius est transigere, quàm donare, quia qui donat, perdit.*
21 *Cui conceditur quod difficilius, quod est maius, eidē & facilius, quia minus.*
22 *Procurator vel administrator cum libera potest transigere.*
23 *Pater habet generalem administrationem cum libera in bonis adventitiis filii.*
24 *Jus in spe alii auferre possumus nostro facto.*
25 *Pater potest adire vel repudiare hereditatem filio delatam.*
26 *Renunciare quid.*
27 *Filia creditur per renuntiationem desinere esse sua, instar exheredati.*
28 *In lucris nuptialibus pater praiudicat liberis, & inaqualiter de iis disponere potest.*
29 *Quod licet correctum hodie sit, ratio tamen antiqui iuris durat, & in argumentum adduci potest, at non qua ad correctum ius, nu. 90.*
30 *Pater potest uni liberorum feudum assignare, quod dubium sit, nu. 90.*
31 *Pacta dotalia habent vim ultima voluntatis.*
32 *Si tutor, curator, legitimus administrator id alienat, vel vendit, quod pater vel tutor pupilli. minoris filiifam. alienare iusserat, vel obligatus erat, valet alienatio etiam sine decreto facta.*
33 *Coniuncti scientia & patientia, seu approbatio contractum reddit firmum, declaratur nu. 92*
34 *Decidendo in hoc casu tenendum est, hanc renunciationem iure non tenere ab initio.*
35 *Pater melius consilium pro filiis capit.*
36 *Patris amor est inaestimabilis, nec debet ab aliquo redargui, quod ei visum est utile.*
37 *Pater filii bona adventitia ita demum liberè alienat, si necessitate cogente vel ex iusta causa faciat.*
38 *Qua vera mens Azonis.*
39 *Pater liberam habet administrandi potestatem, ut conservet, defendat, non ut perdat.*
40 *Regulariter pater non alienat res filii adventitias.*
41 *Casus excipitur ab hac regula unus, in leg fin. § fin autem es, C. de bon. qua lib.*
42 *Azonis sententia declaratur testimonio Arii Pinelli.*
43 *Pater iis casibus potest sine decreto alienare, quibus tutor & curator cum decreto.*
44 *Tutor vel curator cum decreto non rectè alienat, nisi ob necessitatem aris alieni.*
45 *Justicia causa in patris alienatione necessaria est: alioquin est nulla, secundum communem.*
46 *Renunciatio est alienatio, prasertim si delata hereditati renuntiatum sit.*
47 *In creditorum fraudem facta potest revocari, & inofficiosa argui.*
48 *Prohibita alienatione continetur omnis actus, quo quid in alium transfertur, aut remittitur irrevocabiliter, aut in transactionem deducitur.*

49 Pater

110 In-

110 *Inductio l. eum qui. de interdict. & relegat.*
111 *Parentes non possunt liberos exuere beneficio legis.*
112 *Actus hominis ita debet interpretari, ut jus alterius quam minimè lædat.*
113 *Conformari debet actus hominis, ut legis dispositioni conveniat.*
114 *Resoluto iure datoris resolvitur jus acceptoris.*
115 *Inventarii confectio impedit, ut actiones non confundantur, & sic filius patris heres non omittat ius revocandi alienata.*
116 *Filius alienantis vasalli beneficio inventarii detinet feudi alienati revocationem, etiamsi patri sit heres, secundum multos.*
117 *Idem multi extendunt ad hunc casum.*
118 *Iuramentum non est vinculum iniquitatis & tres habebit comites.*
119 *Personalia personam non egrediuntur.*
120 *Iuramenta sunt personalia, nec in heredes transmittuntur.*
121 *Pater ad secunda vota transiens amittit proprietatem eorum bonorum, quæ à filio defuncto iure successionis habet.*
122 *Promissio, an* Eydes statt/ *h. e. loco iurisiurandi, non est exequanda iuramento corporali.*
123 *Renuntiatio debet corporali iuramento fieri, ut sit formalis, nec sufficit nudum pactum, ex quo nulla nascitur civilis obligatio.*
124 *Pater legitimus administrator alienans adventitia filiifamilias bona, potest ipsemet venire contra hanc alienationem.*
125 *Plus sæpè permittitur heredi quam defuncto.*
126 *Patronus liberto suo heres, revocat in fraudem à liberto alienata.*
127 *Contra factum defuncti invalidum potest heres venire.*
128 *Verius est, ut distinguatur inter filium patri heredem & non heredem.*
129 *Heres filius non potest contra defuncti factum venire, etiamsi nullum sit vel iniquum.*
130 *Sive pater ut legitimus administrator, sive simpliciter alienasset.*
131 *Tametsi Castrensis distinguat an simpliciter ut quilibet alius alienasset pater, an verò ut legitimus administrator.*
132 *Alii distinguunt, an heres de evictione teneatur, nec ne?*
133 *Neutra distinctio est admissa.*
134 *Nihil temerè est asserendum.*
135 *Quod lege non cavetur, in practica non attenditur.*
136 *Standum est regulæ tanquam probationi probatæ.*
137 *Supradicta distinctio expresso iure est improbata, adeò ut nec pupillus possit contra factum defuncti venire.*
138 *Heres censetur una eademque persona cum defuncto.*
139 *Ubi est commodum, ibi & incommodum.*
140 *Huc applicatur l. pen. C. de restit. milit. in integr.*
141 *Frustrà contenditur hoc ius, de quo in d. l. pen. & l. cum à matre. C. de rei vindic. non pertinere ad bona filiorum adventitia.*
142 *Antiquæ leges pertinent ad posteriores, & vice versa.*
143 *Heres non est melioris conditionis, quam autor eius.*
144 *Fideicommissarius non potest revocare rem alienatam à fiduciario, cui heres est ex testamento vel ab intestato.*
145 *Feudum non revocat agnatus heres alienanti.*
146 *Matris alienatio nocet filio heredi. &c.*
147 *Patri alienatio prohibita non est annullando, sed simpliciter suggerens remedium revocationis.*
148 *Repellũtur heredes patri facti pro hereditaria portione, etiamsi inventarium fecerint.*
149 *Exceptio doli vel in factum locum habere potest, etiamsi de evictione non teneatur.*
150 *Inventarii confectio hactenus non prodest.*
151 *Portio intelligitur hereditaria quotativa, nõ quantitativa.*
152 *Excluditur filius heres à revocatione, nisi vivo patre litem movisset.*
153 *Quod heredi ipsi obstat, etiam heredi heredis rectè obijcitur.*
154 *Filia, quæ dote tantum accepta, renunciavit paternæ hereditati, potest revocare adventitia alienata à patre, cum heres patri non sit.*
155 *Nec interest, an legitimam nacta sit titulo hereditario, vel quo alio.*
156 *Legitima gravari non potest.*
157 *Quod directò fieri non potest, illud nec per indirectum: præsertim, si nihil ultra legitimam accepit, heredis licet titulo.*
158 *Renuncians viventis hereditati se in casum deferendæ hereditatis pro herede declarat, quo ad jus sanguinis favoris & alia.*
159 *Quoad lucra & onera hereditaria renuncians, est instar mortuæ & exheredatæ.*
160 *Ne quidem ullum actum heres potest revocare, sed ratum habere cogitur:*
161 *Maximè si quid recipiendo pater renunciasset.*
162 *Non cogitur heres factum defuncti habere ratum jure actionis, sed exceptionis.*
163 *Alpheni responsum declaratur.*
164 *Oportet secundum plura intelligere pauciora.*
165 *Quarta arrogati impuberis est sine onere restituenda, nisi in maiore fiat arrogatori heres.*
166 *Quem non honoro, nec onerare possum.*
167 *Claris standum est verbis, nec ad conjecturas recurrendum.*
168 *De inventarii confectione, an prosit ad revocandum acta, & alienata à defuncto, controversia est.*
169 *Inventarii beneficio heres non tenetur ultra vires hereditatis, & quatenus bona sufficiunt actiones confunduntur.*
170 *Qui prodesse inventarium volunt, restringunt hoc procedere, si non possit commodum hereditatis cum re alienata compensari.*
171 *Juramentum patris filios non obstringit ut filios, sed ijs ut heredibus nocet, etiam propter pietatem patri debitam.*
172 *Iniquitas & iniustitia iuramenti iure canonico nõ qualibet intelligitur, sed quæ habet periculum animæ, aut aliquid turpitudinis.*
173 *Juramentum quidem personale est, ut ipsum heredes non obstringat, pactum tamen iuramento confirmatum, cum in rem sit, heredem tenet.*
174 *Pater ad secunda vota transiens, amittit proprietatem bonorum, quæ habet ex filii successione, nisi cum consensu vel ratihabitione filiorum, vel tutorũ aut cognatorũ proximorum contraxisset.*

175 Ad-

175 Administrationis legitimæ jus retinet pater, ad secunda vota transiens.
176 Imò promissio an Eydes statt / vim corporalis iuramenti habet.
177 Nisi fortè corporale requiratur alibi ad formam actus, tametsi quoad obligationem in foro cõscientiæ efficax sit.
178 Juramentum necessarium est, si de viventis hereditate renunciatio fiat: secus si de mortui hereditate fiat.
179 Delatæ hereditati etiam nudo pacto renunciari potest.
180 Officium patris, quod habet in bonis filiorum adventitiis, finitur unà cum patris vita, nec in filiorum aliquem continuatur.
181 Magna dissimilitudo est inter patrem & patronũ, filium & libertum, eorumq; bona.
182 Heres contractum defuncti nullum ita demũ impugnare potest, si nullitas illa proficiscatur ex alia, quam heredis vel defuncti persona.
183 Renunciatio qualibet intelligitur, rebus ita stantibus.
184 Renunciantes sorores redeunt ad omissam hereditatem, deficientibus masculis, licet fœminæ adhuc heredes fratri supersint.
185 Quia causa renunciationis illius iam cessat.
186 Cessante causa cessat effectus.
187 Deficit qualitas masculina, & sic causa finalis istius renunciationis.
188 Quæ fit masculorum favore hanc conditionem videtur habere, si & quãdiu supersint masculi.
189 Renunciantes hoc ipso adijsse censentur hereditatem.
190 Aditam hereditatem ad tempus impeditã, remoto & cessante impedimento petere heres potest.
191 Pater in dubio providere non gravare velle liberos videtur.
192 In dubio intelliguntur fœminæ, earumq; posteritas renunciare in favorem masculorum, ut in statuta fœminas excludentia.
193 Limitata sententia limitatam habet executionem.
194 Consuetudo nobilium familiarum introduxit renunciationes fœminarum, favore agnationis conservandæ.
195 Solitum fieri in dubio factum præsumitur.
196 Argumentum à solitis validum & forte est.
197 Filia exclusa semper manet exclusa.
198 Renuntianti non datur ulterior regressus ad renunciata.
199 Si non in specie caveatur, ut quamdiu masculi supersunt, sint exclusæ, intelliguntur perpetuò exclusæ.
200 Quisq; pro se, suisq; heredibus sine discrimine sexus pacisci intelligitur.
201 Nemo præsumitur alienam sobolem suæ præposuisse.
202 Heredum appellatione non tantum liberi utriusq; sexus sed & alii continentur.
203 Exceptio confirmat regulam in casu non excepto.
204 Cui neptis ex filio filiave superest, non potest videri sine herede mori.
205 Perpetuò & semper, quid operentur.
206 Verba geminata enixam arguunt voluntatem.
207 Affirmantiũ opinio procedit, si statuto vel pacto ad tempus fiat exclusio.
208 Instrumentum est probatio probata, & facit veritatem apparentem.
209 Aperta probatio excludit omnem præsumptionem.
210 Consuetudo facti est, & probanda.
211 Leibs Erben / non solum sunt masculi, sed & fœmina.
212 Ob enormissimam læsionem rescinditur renunciatio.
213 Non præsumitur huic rescissioni renunciatum.
214 An rescissioni locus in divisionibus?
215 Agent ad legitimæ supplementum.
216 Docenda est patrimonii quantitas, quæ fuit tempore delatæ hereditatis.
217 Pretium statuatur commune non ex affectu.
218 Petitioni hereditatis, l. 2. C. de rescind. vend. & petitioni supplementi legitimæ 30 annorum cursu præscribitur.
219 Tempus illud incipit à die renunciationis, ita ut tempus pupillare eximatur.
220 Dum durat potestas patria, filio non currit præscriptio.
221 Filius in rem speciali agere potest intra triginta annos, licet hac actio alias decem inter præsentes viginti annis inter præsentes finiatur.
222 Præscriptio citatione, & libelli oblatione interrumpitur.
223 Consanguinei & cognati pares gradu pariter ad retractum admittendi sunt.
224 Gradus proximior remotiorem à retractu excludit.
225 Cessat in retractu faciendo jus repræsentationis: neque gradus remotior per repræsentationem cum remotiore conjungitur.
226 Competit hoc jus jure municipali vel consuetudine.
227 Doctores hoc ius vulgò ad jus prætorium referunt.
228 Ordine admittuntur collectivo nomine vocati, etiam in linea descendente.

MAl'em profectò, arduæ huius, quę mihi hoc tempore satis occupato, ad consultandum proponitur causæ circumstantias, paulò plenius & exactius fuisse expositas. Nam, ut Alfenus ait, *in l. si plagis. §. in clivo. ff. ad leg. Aquil.* in facto † jus positum est. & inde originem trahit, *Specul. in tit. de advoc. §. nunc de exordiis num. 15. Paul. Paris conf. 52. num. 23. & sequ. volum 1.* eiusque pondus consistit, *Bald. ad leg. petens. C. de pact per l. ut responsum. C. de transaction* ut si in aliquo illud sit vitiatum, ipsam oporteat juris decisionem vitiari, *Vigl. Zuichem. ad prin. ip. num. 25. Instit. de testam. ordin. per l. 1. leg. omnis definitio ibi Doctores ff. de regul. jur. & l. nonnunquam, 72. ff. de judic. l. Pomponius. 15. de negot l. iusiurandum, 34. ff. de iureiuran. leg aut facta 16. ff. de pœn.* Ætas personarum utrum parentibus suis in solidum, vel pro parte, aut in legitima, vel nulla rẽ heredes factæ, litis initium & progressus; utrum aliqua contradictio, vel protestatio interposita unquam fuerit, non exprimitur. Sed & facti species, à quodam advocato comprehensa aliquoties dissentit ab informatione pro advocato, ex qua libellus formari debuit, nec cum renunciationis tenore convenit. Quæ omnia non solum difficultatem augent, sed etiam obscuritatem deci- 1

sionis generant. Itaque etsi, quod in omni consultatione optimum judicatur, *secundum Lucam Berlin. in consilio. 37. tom. 4. consil. varior. Jurisconsultorum.* vix satis exactè poterit facti species à me proponi: conabor tamen. Quantum verò ex illis, quæ A.B.C.& num.3, consignata sunt, mihi transmissis colligere queo, ita se res habet.

2 Nobilis † & Strenuus vir W. von St. olim ex uxore sua G. von B. unum suscepit filium W. & duas filias, A. & A. filiam natu majorem, Anno 1517. in die D. Hieronymo sacro uxorem despondit I. von W. paulò post A. filiam alteram, I.B. von H. singulis in dotem constituit 800 florenos: hoc insuper pacto addito, ut post obitum suum singulæ ducentos eò amplius accipiant, & denuò consueto more renuncient hereditati paternæ ac maternæ, & ut verba pactorum sonant: mit denselben Tausent Gülden soll J. von W. vñ A von St. (soll J.B. von H. vnd A. von St.) auff einen Verzicgh vätterlichs vnd mütterlichs guts abgescheiden seyn/Doch/etc. Moritur deinde G. von B. W von St. uxor: moriūtur post eam A. & A. filiæ: moritur tandē W. von St. pater, relictis post se ab intestato filio W. von St & ex filiabus A. & A. nepotibus, W. & I. à W. & ex A C. B von H. A. W von St. sibi soli hereditatem paternam & maternam, exclusis defunctorum suorum parentum nepotibus asseruit, & oblatis quadringentis florenis, de quibus in pactis dotalib. renunciationem postulavit fieri. Recusaverunt eam liberorum suorum nomine I. von W. & I.B. von H: majoremq; pecuniæ summam pro modo & amplitudine utriusque hereditatis sibi vindicarunt. Sed cum iam utriq; I. von W. & I.B. von H ad secunda vota transiissent, hæc controversia sine aliquo judicis decreto, vel causæ cognitione, anno 1545. in die divisionis Apostolorum, per quosdam nobiles viros hoc modo cōposita est, ut I. à VV. & I.B. von H. singulis solverentur ducenti, secundum tenorem prædictorū pactorum dotalium, & eo amplius centum & quinquaginta. Quibus in continenti numeratis, pro se, uxoribus suis defunctis, & liberis superstitibus fideli manuū porrectione loco juramenti, omnib. W. à St & G à B. olim conjugum bonis renunciarunt; Derhalben an jhme St. vnd seinen Erben zu ewigen tagen nichts weiter zufordern/noch zusprechen/etc. Defuncto W. von St. successit filius eius H. W. von St. qui relicto quoq; filio decessit. Tandē huius H. VV. von St. filius moritur sine descendēte herede, superstite sorore nondum viripotente, cuius tutores & curatores hereditatem totam apprehenderunt. Prædicti aūt A.& A. liberi. VV. & I. von W. nec non C.B. von H filius superstes D.B. von H, nepos I.B. von H & A. von St. conantur sibi avitam & proavitā VV. à St. & conjugis eius G. à B. hereditatem vindicare, tam ob nullitatem & iniquitatem prædictæ renunciationis, quam etiam ob id, quod existimant, causam eius renūciationis exspirasse, masculo iam herede, in cuius gratiam renunciatio pro conservanda familia, facta creditur, penitus deficiente. Præterea cum superiorib. annis G. R. von A. arcem suam H cū suis pertinentiis venderet, vidua VV. à St. ad retractū una noluit admittere VV. à VV. eiusq; sororem, I.& C.B. von H. etiā si pari gradu & sanguine, quo viduæ illius liberi certarent. Qua de causa circa hanc facti speciem & motam litem sex mihi difficultates potissimum videntur occurrere, ordine declarandæ.

Nam primò † quæstionis est; sitne illa renūciatio ab initio firma, vel potius iure nulla censenda? 3

Secundo; posito, quod in vita renunciantium vires habuit, anne eam nunc quoq; ratam habere cogantur renunciantium patrum liberi?

Tertiò; prole mascula iam deficiente, sitne rursum via patefacta ad petendum residuam hereditatem avitam?

Quarto; posito, quod ne sic quidem redire queant ad prędictam hereditatem; anne eam renunciationem ob enormissimam lęsionem possint impugnare, ut rescindatur?

Quintò; utrum omni isto casu possit obstare præscriptio?

Sextò & ultimò quæritur; utrum ad retractū arcis H. pro rata portione admitti debeant?

His divina aspirante gratia, sine qua nihil efficere possumus, ordine & pro virili discussis: tandem quid juris in præsenti casu statui possit, & debeat, cuivis per se manifestum fiet.

PRIMÆ QUÆSTIONIS
RESOLUTIO.

Et principiò quidem videri potest, in hoc, de quo controvertitur casu, intentionem actorum VV. & I. à VV. nec non D.B. von H. fundatā non esse, cum expediti sit juris. † patrem sine decreto magistratus posse bona filii adventitia, liberè & cum effectu, sineq; periculo alienare, autore Azone *in summa. C. de bon. quæ lib. n. 11.* secundum quosdam, de quib. And. Tiraq. *ad l. si unquā. in præf. n. 32. vers. quanquam multi. Cravet. consil. 217. n. 2. vol. 2. Corn. cons. 249. n. 3. vol. 3. per l. fin. §. fin aūt as, C de bon. quæ lib.* Verum quidem est, † Salyc. *vers. sed dubitari potest, & Jason. n. 5. & 6. ad l. prætes 12. C. de transact. & Johan. à Monteferr. in repet. l. frater à fratre. col. 12 ff. de cond. ind.* multis rationibus motos, contendisse, alienationem & transactionem patris sine decreto factam planè irritam & nullā esse: *per l. cum emancipatis, C. de præd min.* ubi sanè affectioni paternæ tantum non tribuitur, ut pater possit filii emancipati, cuius legitimus curator est, prædium sine præsidis decreto alienare. Et cum nullibi hac in parte inveniatur expresè differentia inter patrem legitimum administratorem, & patrem filii tutorem, vel curatorem lege constitutū. *Jason. in d. l. præses. n. 3. C. de transact.* nostrum quoq;, ut Jason. *in d. l. præses. 12. nu. 3.* loquitur, erit, ut sine lege loqui erubescamus, nec distinguamus, ubi lex non distinguit, *per l. illam. C. de collat. §. si consideremus. Nov. 18 de triente & semiss.* cum paria sint, quid facere contra legem & sine lege, *Bald. ad c. in genesi. col. ult. extr. de elect. Jason in d. l. præses. 12 nu. 3.* 4 5

Verum quoq; est, Jas. contra Azonem urgere & retorquere textum, *in d. l fin. § fin autem as C. de bon. quæ lib.* cum ibi † inveniatur vox, RITE posita, quę importat solemnitatem juris servandam esse, *secundum gl. in l. non putavit. §. non quævis. ff. de bon. poss. contra tab. & in l. hoc colore ff. de inoffi. testam. Bart. ad l. lecta, de reb. cred. si cert. pet. gloss. & Bart. in l.* 6

sed etsi

sed etsi.l.25.§.scire ff.de petit.hered. tanquam rei formam denotantem,*gl.in l.si quando.verb.ritè.C.de bon.vacant.Pet.Anchoran.ad c.possessor.col.4.vers.item de jure canonico.de reg.jur.in 6.per c.firmiter.§.sacramentum.extr.de summ.trin.c.nihil.extr.de elect.* cum & aliàs,ubi alicui conceditur facultas conficiendi aliquẽ actum,quem antea facere non poterat, intelligatur,servata solemnitate,*per leg.si quando.ibi gl.C.de inoff.testam.Specul.in titul.de locat.§.nunc aliqua.n.94.& ibi Joh.And.in addit.Jas.ad d.l.prases.n.6.Alex.cons.106.n.3.lib.4.*

7 Azonis † tamen sententiã,quod videlicet decreto opus non sit,sed sine eo valeat alienatio rerum adventitiarũ filii filiæq; etiã minoris, quàm ut legitimus administrator pater facit,&juri magis est consentanea,*per d.l.fin.§.fin autem as.ibi Bal.C.de bon.qua lib.Arius Pinel.ad l.1.part.3.num.21.& seqq.C.de bon.mat.* & communi omniũ propè calculo recepta,à Bart.Bald.Raph.Corn.Castr.*in d.l.fin.§.fin autem as.Bal.ad l.3.C.de pred.min.Castren.Alexand.Alciat.ad d.l.prases.C.de transf.Jas.ad l.singularia.n.19.ff.de reb.cred.si cert.pet.& in d.l.prases.n.2.Petr.de Raven.singul.suo 555.Ant.Trigon sing.22.n.2.& 3.Hyppol.de Marsil.in sing.suo 498.Crav.cons.217.n.2.Corn.cons.249.n.3 vol.3.Andr.Tiraq.ad d.l.si unquam.in prafat.n.28.& seqq.C.de revoc.don.Arius Pinel.ad d.leg.1.part.3.nu.21.& seqq.C.de bon matern.Matth.Matthesilan.sing.155.nu 8.Gail.obs.72.nu.14.lib.2.*adeò ut Jason temerarium credat,ab ea sen-

8 tentia,†aut consulendo,iudicandoq;,aut legendo, discedere: & quamvis legendo, non tamen consulendo,*in d.l.prases.num.5.C.de transf.& ad d.l.singularia,n.19.& 20.de reb.cred.si cert.pet.*cum satis hoc ipsum lege cautum reperiatur,*quod in d.l.fin.§.fin autem as.*Justin, potestatem alienandi patri concessit, nulla restrictione adiecta, & ante à D. Constantino patri permissum sit,in reb.filii maternis & adventitiis ita omnia agere tanquam ei solidum perfectumq; dominium acquisitũ esset, *l.1.C.de bon.matern.* ut ita hanc distinctionẽ inter patrem tutorem sive curatorem,& patrem legitimum administratorem alienantem, non sine

9 lege Dd.protulerint. Et licet † affectus naturalis in patre curatore sit idem, qui in patre legitimo administratore,quatenus pater est,*gloss.in l.Paulo Calimacho.§.Pomponius.ff.de legat.3.Bald.ad l.precib.col.6.C.de impub.& aliis subst.& in l mater.C.de oper.libert.Aym.Cravet.cons.1.n.2.vol.1.* si tamen ad jus spectes, aliasq; circumstantias, haud obscurum erit,multum inter sese differre,maioremq; præsumptionem pro patre administratore esse,eum nihil temerè alienare ex rebus filii,quàm si cura-

10 tor sit.Etenim in bonis † emãcipati pater usumfructum non habet: legitimus administrator pater habet; quia eorum tantum bonorum legitimus est administrator, quorum usumfructũ habet,*l.cum oportet.C.de bon.qua lib.ibi Bald.& in leg 1.l.fin.C.de bon.matern.Barto.in l.ult.§.pupillus.n.1.ff.de verb.obligat.Tiber.Decian.respon.55.nu.7.volum.2.per l.ult.§.si tamen.C.comm.utr.jud.§.quia vero.Nov.de aqual.dot.& donat.propter nup.*Verisimile autem non est,quod hunc usumfructum suum velit minuere,&aliquando efficere,ut amittat,*arg.l.cum de indebito.ff.de probat.* & sic ultra affectionem paternã occurrit,& suum ipsius commodũ,*Tiraqu.ad d.l.si unquam.in praf.nu.29.in fin.* Cui ideò etiã

plus † juris tributum est, quam ulli tutori & curatori in his bonis. *Bald.ad leg.1.ff.de reb.eor.qui sub tutel.& in c.ult.ext.de jureiur.And.Tiraq.ad d.l.si unquam.in prefat.n.30.vers.Azo autem illius.Jas.in d.l.prases.n.2.& 3.C.de transact.& in d.l.ult.§.fin autem as,C.de bon.qua lib.* vox, ritè, non ad solemnitatem & formam,sed ad præscriptum ibi ordinem refertur,ut in simili fit,*in l.divi fratres.§.rectè.ff.de liber.caus.in l.observare.§.antequam.ff.de off.procons.l.2 ff.ad S C.Velleian.& multis probat Tiraq.in d.praf.ad d.l.si unquã.n 35.C.de revoc.don.* 11

Deinde potest videri hic de lite, licet nondũ cœpta,imminente tamen,transactum. Neq; verò transactio † solũ fit, si lis jam sit suscepta, vel 12 reverà, & de jure immineat, sed etsi metuatur saltem, *l.2.C.de transact.* & de facto,*Jas.in d.l.2.n.1.& 2.ibidem Bart.Alciat.& alii.Bart.ad l.causas.C.eod.Paris.cõs.3.n.24.vol.4.Tib.Dec.resp.64.n.1.volu.3.* Si verò patri licet † sine decreto liberè alienare, ut 13 licet, multò magis etiam transigere de reb. maternis & adventitiis filii, cum transactio multis casibus sine decreto admittatur; in quibus alienatio licita non esset, *Tib.Dec.resp.28.vol.3.*

Etsi enim vasallus † sine cõsensu domini feu- 14 dum alienare non potest,*c.unic.qual.olim feud.pot.alien.c.imperialem.de prohib.feud.al.per Frid.ibi Bald.n.8.& 9.Castr.cons.173.n.3.vol.2.Zas.par.9.de feud.in pr.Mynsi.cons.48.n.1.2.3.4.&c.Jul.Clar.lib.4.recep.sent.§.feudum,qu.31.n.1.Curt.Jun.p.4.de feud.n 81.& seqq.Myns.observ.86.cent.4.* liberè tamen de eo pendente vel imminente lite transigit,*c.si vasallus de beneficio.si de feud.def.fuer.cont.c.unic.de cont.feud.inter vasall.& dom.Speculat.in tit.de arbitr.§.restat.vers sed nunquid vasallus.Myns.consil.92.n.35.Paris.cons.32.n.108.vol.1.Decia.d.resp.28.n.9.vol.3.J.Clar.d.§.feudum.quast 38.& 39.Curt.Jun part.4.n.96.de feud.Jacobin.de S.Georg.verb.Et cum pacto de non alienãdo.Zas part.9.de feud.n.19.Wesemb.consil.70.n.13.*

Sic etsi res † ecclesiasticæ, sine decreto non 15 sunt alienandæ,*c.1.& ibi per tot.tit.ext.de reb eccles.nõ alien.auth.in bonis.C.de S.S.eccl.* de iis tamen rectè sine decreto prælatus transigit & cõpromittit.*c.cum eo tempore.ext.de arbit.Jas.ad d.l.prases.n.1.& 4.C.de transact.per § si quis in nomine.Nov.de eccl.tit.Bald.ad l.si pradia.ff.de reb eorum,qui sub.Myns.cõs.92.n.35.versic.hoc idem expressè.*

Sic statutũ præferens † agnatos in alienatio- 16 ne facta,per agnatum nõ habet locum in transactione; *text.in extravag.Frid.de jure prothomis.vers.licet enim.ibi Matth.de Afflict.versic.licet.colu 1.versic.sextus casus.& col.pen.versic.decimò nota.Paris.cõs.32.n.7.8.9.vol.1.Tib.Dec.resp.28.n.10.vol.3.*

In specie verò, † quod pater tanquam legiti- 17 mus administrator, possit de rebus filii, etiam minoris, adventitiis & maternis,sine decreto & libere transigere, *per d.l.1.C.de bon.mater.d.l.ult.§.fin autem as.C.de bon.qua lib.d.l.prases.12.C.de transf.* & docuerunt & responderunt Innoc.*ad c.de catero.ext.de transact.Azo d.n.11.in summa.C.de bon.qua lib.Bart.Bal.ver.venio.versic.hoc tamen fallit.Cast.n.5 Jas.d.n.2.& 12.ad d.l.prases.idẽ Jas.ad l.nulli.in fin.ff.de transf.Bal.in l.1.col.1.C.de bon.mater.Joh.Ant.Trig.in sing.93 n.4.And.Tiraq.de retract ligna.§.1.gl.14.n.68.in fi.& in d.l.si unquã.in pr.n.31.Hen.de Bover.in sing.suo,verb.decretũ.n.13.per gl.in l.de re filiorũ.ff.de transf.Crav.cõs.74.n.1.vol.,Pinel.ad d.l.1.par.3.n.45.46.47.*

18 Tertiò, etsi † facultas liberè alienandi & transigendi omninò in cæteris omnibus patribusfam. sileret, neque sine decreto fieri posset, nobilibus tamen patribus in adventitiis filiorũ suorũ permissa videbitur, cum nobilitatis causa, & ob statum nobilitatis sui domini procuratori, pupilli tutori, minoris curatori, administratori, & filiof. nobili cõcessum credatur, aliquid donare, nedum alienare, vel transigendo remittere, *per l. filiusfam. 7. §. nonnunquam. ff. de donat. gl. in l. contra juris. §. fin. verb non habere. ibid Jason num. 7. ver. fallit in filio. ff. de pact. & Imol. & alii. ad c. grandi ext. de suppl. neglig. prælat. in 6 per l. cum plures. 12. §. cum tutor. vers pro dignitate natalium l. sequ ff. de adm. tut. Alex. ad l pactum curatoris n. 3. Jas. nu. 2. vers. hinc est. C. de pact. per l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. distr. And. Tiraqu. de no-*
19 *bil. quæst. 37. nu. 41. 42. 43. 44.* cum alias † procurator, administrator etiam cum libera, tutor, curator, filiusfam. etiam liberam administrationẽ peculii habens, donare, & liberalitatem ex rebus dominorum, minorum & peculiaribus exercere prohibeantur, *d. l. filiusfam. 7. ff. de donat. leg. pactum curatoris. C. de pact. l. contra juris. §. si filius. ibi Bar. Cast. Jas. Alexand. ff. eod. gl. in l. non omni. C. de admin. tut. l. 1 vers. deniq. ff. de procur. Cæsar. gl. & Castr. n. 3. ad l. pro-*
20 *curator. nu. 18. ff. de procurat.* minus † autẽ est transigere, quàm donare, & difficilius donare permittitur, quàm transigere: cum is qui donat, perdat, *d. l. filiusf. ff. de donation. l. 1. §. 1. ff. de tut. & rat. distr.* qui transigit, molestias litis repellat, & sese liberet ab onere actionis & periculo incerti eventus litis, *l. 1. l. 2. l. 3. l. 4. & tot. tit. C. de transact. l. 1. l. 2. ff. eod. Jas. in d. l. pactum curatoris, n. 3. C. de pact. d. l. præses. & ibi Jas. n. 11. & 12 in pr. juncto vers. quartò nota. C. de transf. per d. l. contra juris, §. fin. ff. de pact.* Cui verò
21 id, quod difficilius est, † cũ maius sit: ei etiam id, quod facilius, quia minus, concedi debet, *l. non debet. 21. ibi Dec. Petr. Fab. Hier. Cagnol. Hier. Duacan. post gl. ff. de reg. iur. c. cui licet. de reg. iur. in 6. & ibi Dyn. Pet. Peck. & alii. Eberh. à Middelb. in loc. legal. 15. & 16.*

Quartò, qui à lege vel homine administratio-
22 nem bonorum † cum libera potestate habet, is transigere & remittere potest, *l. procurator cui generaliter. ff. de procurat. ibi Interpp. gl. ad l. transactionis 7. & ibi Jason. n. 7. d. l. præses, cum ibi notatis à Bald. Saly. Jas. C. de transf. Jas. ad l. pactum curatoris, nu. 2. C. de*
23 *pact. c. 2. c. de cætero. extr. de transf.* At pater † in bonis filii adventitii generalem administrationem habet cum libera potestate, *per d. l. 1. C. de bon. mater. d. l. cum oportet. l. fin. per tot. C. de bon. quæ lib. Bald. in l. 1. ff. de reb. eor. qui sub. & in d. l. præsis. ibi Jas. Castr. Bar. C. de transact. Bal. in d. l. 1. C de bon. mater. & in d. l. fin. §. fin autem. §. cum autem. C de bon. quæ lib.* Habet ergo liberam quoq; potestatem remittendi, transigendi, renunciandique.

24 Quintò, jus † quod duntaxat in spe est quæsitum, pœnitendo & repudiando, & alienando auferre alii possumus prius, quàm istud plenè & perfectè acquiratur. *l. 3. ibi Bart. post gl. ff. de serv. export. l. 1. ibi Bald. C. si mancip. ita fuer. ad Joh. de Imol. in l. filiusf. § cum pater. in pr. & in l. si domus. §. fin. ff. de legat. 1. Hartm. Pistor. à Seusel. lib. 2. qu. 4. n. 31.* Sed in hereditate illa paterna W. à St. per obitum A. & A. fuit tantum spe jus quæsitum W. I. & C. W. nepotibus. Hoc ergo eorũ jus potuit per renunciationem I. à W. & I. B. von H. ipsis auferri.

Sextò, à lege † patri potestas data est, ut repudiet, vel adeat adventitiam hereditatem filio delatam, *l. ult. C. de bon. quæ lib. & ibi interpp. omnes.* Re- 25
nunciare † autem nihil est aliud, quàm certa parte bonorum accepta ab hereditate abstinere, & 26
eam repudiare, *Alciat. ad l. 1. C. de pact.* Unde per renũciationem creditur filia desinere suam esse 27
heredem, instar exheredati, *Bart. ad l. sciendum. n. 3. ff. de suis & legit. & in l. Titio genero. ff. de condit. & demonstr. l. si filius. ibi Bart. ff. ad SC. Tertyll. l. cum ex filio. ff. de vulg. & pupill. Bald. ad l. qui patris. col. antepen. C. unde lib.* Nihil ergò hi patres fecerunt, quod sui non erat officii.

Septimo, hereditas W. à St. & G. B. conjugũ, W. I. & C. pro rata portione delata, procul dubio, quoad ipsorum patres I. à W. & I. B. von H. lucra fuerunt nuptialia primi matrimonii: quia eius occasione obvenerunt, *Auth. lucrum ibi Dd. C. de secund. nup.* Sed in his rebus † potest pater li- 28
beris præiudicare, adeò ut ultima eius dispositio possit uni filiorum ista omnia, alteri nihil vel valdè parum, prout videbitur, tutò relinquere, *leg. 3. C. de secund. nupt.* Et licet illa lex, † quo ad id cor- 29
recta sit *per d. auth. lucrum*, ratio tamen eius durat, adeò ut hoc argumento, *& arg. l. is. qui cum plures. ff. de legat. 3. l. unum ex familia. ff. de legat. 2.* Castren. alibi tradat, posse patrem † feudum novum uni 30
filiorum dare, exclusis cæteris, licet id ex providentia & pacto domini videatur omnibus ex æquo quæsitum esse, quod & Bald. voluit *ad c. unic. col. 4. vers. quærit hic gl. in agnat. vel fil. vasall. & in c. imperialem. col. 4. vers. quæro utrum pater possit assignare, de prob. feud. alie. per Frid. per c. 1. in fin. quib. caus. feud. amitt. l. unic. §. in novissimo. C. de caduc. toll. juncta l. 1. C. de bo. qui ante aper. tab. Franc. Sonsbec. part. 13. feud. nu. 100 vers. tertia conclusio erit.* Potuerũt igitur & illi patres suis liberis renunciando in hac hereditate præiudicium facere: cum in specie, quod ad transactionis facultatem, *ratio d. authen. lucrum.* non reperiatur correcta. Quod autem correctum in specie non est, cur stare prohibetur? *l. præcipimus. in fin. C. de appellationib.*

Octavò, pacta dotalia inter A. & I. à W. inter A. & I. B. von H. constituta vim quandam ulti- 31
mæ voluntatis, seu potius mortis causa donationem habuerunt, *arg. leg. fin. C. de pact. l. qui precio. 8. ff. de mort. caus. donat.* cum certum modũ præscribant dividendæ & omittendæ hereditatis avitæ, ipso avo & avia consentientibus & paciscentibus, nempe ut si septingentis dotis solutis insuper à W von St. post parentum suorum obitũ singulis sororibus ducenti adiiciantur, filiæ istæ earumq; mariti renuncient; prout in pactis dotalibus latius est videre. Sed, si id, † nedum pater 32
legitimus administrator, verum etiam curator, vel tutor det, tradat faciatq; quod pupilli vel minoris pater, vel tutor dare facere promisit, vendidit, vel ex quo alio contractu dare, obligatus fuit, valet & firma est alienatio etiam sine decreto, *l. 3. §. item quæri. l. magis puto. 5. §. sed si pater. §. seq. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. 1. l. 3. C. quando decret. opus non est, l. non tantum. 51. §. is autem. ff. de fideicomm. libert. l. alieno. §. qui fideicommissariam. eod. l. si filius. 78. §. 1. ff. de contr. empt. Arius Pinell. ad d. l. 1. part. 3. num. 24. vers. mihi etiam. C. de bon. matern.*

Nonò conjuncti scientia † & approbatio cõ- 33
tractum

tractum à coniuncto gestum reddit firmum & irrevocabilem, favore conjunctionis: cum hoc modo præsumatur coniunctus sciens & patiens consentire, & tacitè quasi mandare, ut alienet, *l. si servus cōmunis, in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor. bart in l. qua dotis, ff sol. matr. ibid Jas. 70. 71. 83. per l. cum proponas C. de pact. Aym. Cravet. cons. 237. nu. 1. vers. sed quando coniunctus patitur alienare.* In præsenti autem facti specie scientiam renunciationis à patribus ipsorū factæ habuisse ab ipso prope negotii exordio, nō solum suadet summa patris & filii conjunctio, qua nulla arctior, *l. octavi. ff. unde cogn. l. de tutela, C. de in integr. rest. min. Aymon Cravett. d. conf. 237. nu. 1* sed evidentia etiam facti quodammodo convincit.

34 Cæterum his omnibus sepositis † in partem contrariā magis inclinat veritas, nempè hanc renunciationem initiò jure factam non esse. Nam etsi pater legitimus bonorum adventitiorū administrator, sine prætoris decreto alienare, transigere, & instar domini omnia agere potest, *per d. l. 1 C de bon matern, d. l fin. §. fin autem as. C. de bon. quæ lib, Azo. d. n. 11. C. eod. Bal. Castrens. Jas in d. l. præses. 12. C. de transact. Tiraq. d præfat. ad d. l. si unquam. n. 28. & seqq.* & reliquas supra allegatas autoritates ac fundamenta, cum nemo † melius, quàm

35 pater pro liberis suis consilium capere credatur, *l. nec in ea. ff. ad l Jul. de adult. l. penul. C. de sponsal. Paul. Paris. conf. 106. n. 47. vol. 4. Aym. Cravet. conf. 1. nu. 2.*

36 *vers. & pietas paterna, vol. 1.* ut cuius † amor est inæstimabilis, *Bald. in l. precibus. col. 6. C. de impub. & aliis subst.* eximius & ardentissimus, *gl. in l. Paulo Callimacho. § Pomponius ff de legat. 3 Cravet. d. conf 1. n. 2. Paul. Paris. d. conf. 106. num. 49 vol 1. per l. fin. C. de curat. fur.* adeò ut non debeat ab aliquo redargui, *Paris. d conf. 106. n. 49* quod patri visum est competens & utile pro pace & tranquillitate filiorū, *Paris. d conf. 106. nu. 48. per l. si furiosi. in fin. C de cur. fur. prod. dand. l. fin, C. eod. Paul. de Castr. consil. 108. super primo quæsito. dub. 7. vol. 1. Aym. Crav d. cons. 1. n. 2.*

37 non tamen † absolutè & liberè huiusmodi bona alienare, & de iis transigere & disponere potest, sed necessitate demum & iusta causa urgente: quod expressius consuluit Bald. *conf. 257. incipiente nulla mulier. vol. 2. lib. 1. & conf. 215. incip. proponitur quod in restitutura. col. 3. vers. adverte hic. lib 2. & docuit idem Bald ad l. 1. C. de bon. matern. & ad l. si pupillorum. §. si pater. ff de reb. cor. qui sub tut. Fran. Aretin. ad l. ult. § pupillus. ff. de verb. obligat.* Quamvis autem quidā

38 interpp. † Azonis dictum, *d. num. 11. in summ. C. de bon. quæ lib.* nimis generaliter acceperint, ac si liberè & absoluta potestate ea bona filiorum pater alienare possit, *ut refert And Tiraq in præfat. ad d. l si unquam. n. 32. vers quanquam multi ita allegāt:* illa tamen Azonis mens nunquam fuit, qui tantum de necessaria alienatione, ut si ære alieno filiusfam. vel materna hereditas agnita sit gravata, locutus est, ut Andr. Tiraquell. *d. nu. 32.* declarat & probat, tam ex textu, *d. l. fin. §. fin autem as. C. de bon quæ lib.* quàm Baldo, *in d. l. 1. C. de bon matern. & in d. l. si pupillorum. §. si pater. ff. de reb. cor qui sub tut. Aretin. in d. leg. ult. § pupillus. ff. de verbor. obligat. Jason in d. l. præses. 12. C. de transact. & ad l singularia. n 19. ff. de reb. cred. si cert. pet. Jas. eadem in l. filiusfam. 14 n. 9 ff. qui satisd. cog. Ario Pinell. ad d. l. 1. part. 3. num. 21. C. de bon matern.*

Ratio est manifesta: Nam etsi pater † liberam 39
ā lege habet administrationem, scilicet ut conservet & defendat res filii adventitias & maternas, non tamen ut alienet & perdat. Imò regula est, † patrem res adventitias filii alienare nō posse, 40
l. 1. C. de bon. matern. ibi Arius Pinel. per tot. part. 3. id quod etiam cavetur, *in l. quicquid. C. de bon matern.* ubi Arcad. & Honor. Impp. rescribūt. Quicquid avus, avia, proavus, proavia, ex materna linea venientes nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamēto, fideicommisso, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitionis, vel etiam intestati, successione contulerint. pater filio, filiæve integra illibataq; custodiat, ut vendere, donare, relinquere, alteri obligare, sicut nec materna bona, nō possit, usufructu duntaxat ad eum pertinente. Ab hac regula † unus duntaxat excipitur casus, 41
in d. l. fin. §. fin autem as. C. de bon. quæ lib. scil. nisi æs alienum efflagitet alienationem. Ex quo Arius Pin. † *in d. l. 1. part. 3. n. 21.* ita infert; 42
Ex hac, inquit, regula prohibitiva, ne pater alienet adventitia filii, cavendū est ab eo, quod plures putant, ex sententia Azonis posse patrem liberè adventitia liberorum alienare. Azo enim id dicere non potuit, obstante *hac l. & l. fin. §. ipsum autem. vers. non autem. C. de bon. quæ lib.* Hæc ille. Quinimò subdit Azo *d num. 11. C. de bon quæ lib.* nō esse necessarium decretum, quando pater sic alienat ex causa necessaria, q. d. è contrario, si non alienat ex causa necessaria, decretum erit necessarium, aut prorsum alienare non poterit.

Est deinde & illa ratio: Quo casu tutori & curatori † patri, & cuicunq; alii permittitur rem filii distrahere cum decreto prætoris, 43
iuxta l. 3 C. de præd. min. patri administratori legitimo concessum est, sine decreto id facere. *in d. lege ult. §. fin autem as. C. de bon. quæ lib & ibi Interpp. Roman. & & Jason num. 9. ad l. filiusfaml. 14. ff. qui satisd. cog. Johann. Anton. Trigonus, singul. suo 22. per tot. Tiraqu. in dicta præfat. num. 34.* In cæteris verò omnibus causis ei alienatio est interdicta, *per dict. l. 1. d. l. 2. C. de bonis matern. dicta leg fin. §. ipsum autem. versic. non autem. de bon. quæ lib.* Atqui tutor † vel curator cum decreto propter nullam aliam, quam 44
necessariam æris alieni causam, res pupilli, minoris alienare potest, *d. l. 3. C. de præd. minor. leg. ob æs alienum. C. eod. Andr. Tiraquell. d. nu. 34.* Ergo nec pater legitimus administrator aliam ob causam poterit alienare cum effectu res filii adventitias, quam necessariam.

Justitiam ergò causæ, † & quidem necessariæ, 45
non minus in patre alienante circa bona adventitia, quam in quolibet alio, etiam ex decreto alienante administratore, jura desiderant, licet decretum judicis ei remittant: & in eo omnes supra allegati interpretes conveniunt, eamque sententiam communem profitentur, à qua in judicando & respondendo, ut diximus, temerarium Jasoni visum est recedere *in dict. leg. præses. num 5. C. de transaction. & in d. l. singularia, num. 19. ff. de reb. cred. si cert. pet* Id enim liquet ex iis, quæ supra ex Ario Pinel. *in d part. 3. ad d. l. 1. num. 21. & seqq.* recitabantur: ubi cum declarasset Azonis sententiam, tandem subiicit: Eam Azonis sententiam esse receptissimam, eamque probare Bald. Paul. Alex. *in d. l. præses, 12. C. de transact.* Idem

regula exceptorum, secundum Bart. in l. 2. nu. 11. ff.
si quis in jus voc. non ier. ibid Jas. num. 33. idem Jas. in l.
fin. num. 14. C. de edict. D. Adrian. toll. Decius ad l. 1 nu.
6. & 8. ff. de regul. jur. Zas. consil. 8 num. 34. vol. 2. We-
semb. consil. 7 num. 7. Hieron. Schurff consil. 59. num. 8.
9. 10. 11. cent. 1. Mynsing consil. 14. num. 18 19. 20. Et ita,
in quem à patre alienatio facta est, non poterit e-
vitare condemnationem, nisi probet, alienatio-
nem ex legitima causa factam esse, Arius Pinel. in d.
part. 3. num. 23. per doctrinam Bart. in l. si forte. ff. de ca-
strens. pecul. Castrens. in l. si vir uxori. ff. ad senatusc. Vel-
lejan.

Necessitatem æris alieni hoc casu in promptu
non fuisse, ex eo facile constat, quod neq; ex sua,
neq; ex defunctarum matrum, neq; W. a S. per-
sona obligati fuisse docentur. Imo vero, hæc si
adfuisset necessitas, non remittendum, non re-
nunciando donandum, neque minimo accepto
recedendum fuisset à tam locupletissima (ut in
facto proponitur) hereditate, quæ utiq; solven-
do fuit.

52 Sed nec utilitas † aliqua liberorum hic facile
docebitur; cum utilitas sit in acquirendo, non
in remittendo, acceptum ferendo, apud adver-
sarium relinquendo & repudiando: quia bona
deminuunt ista, non augent, non beant, Paris. con-
sil. 127. nu. 16. vol. 1. Tiber. Decian respons. 117. nu. 21. vol.
3. Jas. consil. 113 vol. 1. Joh. Baptist. à Villalob. comm. opin.
verb. pater non potest. num. 33. & 34. Atqui dixeris,
crediderunt ad id se obligatos ex pactis dotali-
53 bus: contractum † vero adimplere necessitatis
est, l. in commodato. §. sicut. ff. commodat. l. sicut. C. de
obligat. & action. cum grave sit, & viro nobili pla-
ne indignum fidem fallere, l. 1. ff. de constit. pecun. l.
1. ff. de pact.

Dixeris quoque, justam ex eo subesse causam,
quod ob pacta illa controversia orta sit, quæ for-
tasse sine ingenti damno liberorũ & magno sum-
ptu non potuisset expediri. Imo vero, litium e-
54 ventus † satis est dubius & incertus: ideoq; per
se satis justa causa remittendi transigendiq; ne-
gotii, l. 1 l. 2. l. 3. C. de transactio. Sed hoc nihil est.
Nullibi enim hæ causæ inveniuntur à regula,
quæ est in l. 1. & l. 2. C. de bon. matern. & in d. l. 4. C. de
55 bon. quæ liber. exceptæ, † cum sola necessitas æris
alieni, d. l. ult §. fin autem as. C. de bon quæ liber. & de-
inde, si ex alienatione aliquid majoris utilitatis
accrescat filio, eaq; filio sit utilior, Arius Pinel. in d.
part 3. num. 30. justæ in jure nostro definiantur
causæ, quarum neutra hic apparet. Ideoque re-
56 gulæ † standum, quia de casu excepto non do-
cetur. Hieron. Schurff. consil. 59. num. 8 9 & seqq. cent.
1. Mynsing. consil. 14. num. 18. 19. 20. Wesemb. d. consil.
7. num. 7. Eberhard. à Middelb. in loc. legal 9. ab except.
ad regul. num. 12. Jas. in d. l. 2. num. 33. ff. si quis in jus voc.
non ier. per l. suus quoq; versic. puto. versic propter quæ ff.
de hered. instit. c. venerabilis. §. potest quoq; extr. de sen-
tent. excommun. Arius Pinel. d part. 3 num. 23.

57 Deinde, non vana † suspicio, & temeraria o-
pinio pro justa reputabitur causa; ut nec vana
violentiæ & metus suspicio, sed quæ vis, qui me-
tus in constantem virum cadere potest, pro justa
causa habetur, ob quam locus esse queat præto-
riis beneficiis, l. 5. l. 6. ll. seqq ff. quod met. caus.

In præsenti autem facti specie nulla erat justa
suspicionis illius causa: nam cum A. & A. ante
obitum † W. à S. patris decessissent, & earum 58
filii filiæque tempore mortis ejus ei essent inter
suos, §. divi autem principes. §. Seji. §. sed nos cum ad-
huc. §. fin. Instit. de heredit. quæ ab intestat. defer. Novell.
118. cap. 1. licet sui heredes revera & proprie ei
non fuerint, juxta §. sui. Instit. de hered. qualit. & dif-
ferent. §. sui. & seqq. Instit. de hered. quæ ab intestat. de-
fer. utiq; pacto illi de renunciando locus esse am-
plius non potuit. Hoc vel inde ostenditur: nam
etsi A. & A. piæ memoriæ, jurejurando interce-
dente patri suo W. renunciassent, † tamen, cum 59
superstite patre vita functæ hos suos filios reli-
querint, renunciatio, quo ad hos inutilis & irrita
facta fuisset, nec eis obstitisset: quia etsi non po-
tuissent venire amplius jure matrum suarũ; pro-
prio tamen jure venissent, per d. Novell. 118. c. 1. cum
matrum renunciationem hac conditione factam
interpretemur, si ad illas deferatur hereditas; ut
late examinat & probat Georg. Natta in repetit. c.
quamvis. num. 126. 127. & 128. ibid. Matth. Boyss. in ad-
dit. Marant. disput. 10. post aure specul. Paulus de Castr.
consil 54. tom. 3 Wesemb. consil. 11. nu 14. Andr Gayl 2.
obser. 147. Gothofr. ad l. 3. C. de collat Didac. Covarr. ad c.
quamvis part. 3 relect. §. 2. nu. 4 & 5. de pact. in 6. Zas.
ad l. 61. de verbor. obligat. Philip. Francus ad d. c. quamvis.
Mynsing. consil. 37 nu. 19. Mich. Graff in thesaur. comm.
opin. lib 1. cap. 10. quæst. 5. versic. aut vero moritur. Andr.
Tiraq. de jur primog quæst. 40. num. 113. & 117. & seqq.
Socin. regul. 194. Filia renuncians. versic. decimoquinto
fallit. Baptist. a Villalob. comm. opin. verb. filia renunci-
ans. num. 151. Aym Cravett. consil. 84. versic. contrarium
tamen. & d. consil. 127. num. 1. & seqq.

Quod si illud ita est, quando mediante jura-
mento renunciassent; quanto magis dicetur,
conditionem pacti de renunciando defecisse,
prædefunctis matribus ante patrem, nulla adhuc
facta renunciatione: cum longe minoris † sit ef- 60
ficaciæ pactum nudum de renunciando, quam
jurejurando firmatum, vel ad effectum produ-
ctum, argum. d. c. quamvis. de pact. in 6. l. qui supersti-
tis & ibi interpp. ff. de acquir. hered. l. licet. & ibi Doctor.
C. de pact. nec dubium sit, pacto de † renunciatio 61
ne futura hanc quoque inesse conditionem, non
minus, quam juratæ vel simplici renunciationi, si
ad se hereditas deferatur, & rebus ita stantibus,
Mynsing. consil. 37 nu. 17. rebus vero in † alium sta- 62
tum mutatis evanescere pactũ, sicut & juramen-
tum, l. fin. ff. qui satisd. cog. l. cum quis. in princ. ff. de solut.
l. Mævia nepote §. uxore herede. ff. de ann. leg l. in confir-
mando. l. seq ff. de confirm. tut. Mynsing d. cons. 37. num.
17. 18. 19.

Cum itaq; pactum illud corruisset, & ad non
causam esset redactum, non potuisset amplius
hæc servandæ fidei necessitas subesse: quod & i-
psi renunciantes duo patres W. & B. satis intel-
lexerunt, eo ipso, quod noluerunt dictæ in pactis
dotalibus summæ adhuc numerandæ acquiesce-
re, sed amplius sibi solvendũ asseruerunt. Quod si
putassent, se sine fidei religionisq; fraude vel vio-
latione non posse detrectare renunciationem in
pactis dotalibus promissam, utiq; etiam suspicari
potuissent, se non posse quicquam ultra conven-
tam in iis summam sine fidei fallacia deside-
rare.

Quod si altera ratio aliquam renunciationis ju-
stitiam operaretur, patri & cuicunque legitimo

administratori libera potestas esset ob suspicio-
nem litis quocunq; modo & conditione jus de-
latum repudiare, vel actionem remittere: quod
secus esse *ex l. præses.12.cum ibi nota. C de transact.* &
modo dicendis liquidum fieri potest.

Nam ut ad secundum descendam fundamen-
63 tum,transactionem patri † non est indistincte si-
ne decreto facere permissum: sed si justa & pro-
pe necessaria causa subsit: & ita res filii melior u-
tiliorq; fiat, prout post Bald. Alex. Jas. Alciat.& a-
lios *in d.l.præses.12.C.de transact per illum text. per d.l.
1.& 2.C.de bon.mater.d.l.4.C.de bon qua lib.l.fin. C de
reb.al.non al. Alex consil.161.in fin.lib.2. Aym.Cravett.
consil.74.nu.1 gl.Bart.Bald.ad l.de re.ff.de transact.Jas.
in l nulli.ad fin.ff eod.* concludit Andr. Tiraq. *de re-
tract.lignag. §.1.gl.14.nu.68. vers & idem quoq; de pa-
tre. & Arius Pinel.in d.l.1 part.3.nu.45 vers.in transa-
ctione autem. vers.sed dum Bald.versic.in praxi autem si
contra.Octav. Simoncell de decret.in contract.minor.lib.
64 3.cap 8 nu 2.3.4 &c.* Et quamvis dicat † Arius Pi-
nel. *d num.45.versic.sed ego in his plus semper.* se in his
casibus plus semper patri,quam tutoribus,curato-
ribus,aliisq; administratoribus tribuere; hoc ta-
men in antecedentibus & consequẽtibus ita de-
clarat, ut saltem de decreto prætoris intellexisse
appareat. Ideoq; postea *in versic.in praxi autem* as-
serit; si contra transactionem patris filius postea
agat, considerandum à judice, an transactio utili-
ter prudenterq; facta fuerit,ut ita lis cesset,cum
patris arbitrio hæc administratio concedatur in
judicialibus & extra,dummodo pater utiliter ge-
rat,*ut probat text.in l.generaliter.vers negotia C.de se-
65 cund.nupt.* Sic etiam † Tiraq. *in præfat.ad d.l.si un-
quam.nu.31. vers.sed & idem Bald.* sententiam Baldi
secutus tradit, transactionem patris sine decreto
factam in præjudicium filiorũ non valere in ad-
ventitiis,nisi caute & prudenter id faciat propter
66 dubium litis eventum. Sic ipsemet † Azo hujus
opinionis auriga & princeps exponit *in summa
Cod.de bon qua lib.nu.11.* Sic intelligit Joh. Anton.
Trigona *singul. suo 93.nu.4. Matth. Matthesil in ad-
dit. nu.8.sing.155. Boverius singul.suo in verb.decretum.
nu.13. Item Joh.Faber in d.l.præses C.de transactio.* Id-
eoq; volunt isti juris vertices, non aliter patrem
67 recte † transigere, quàm retinendo, non etiam
omittendo, vel tradendo: quia nulla foret filio-
rum utilitas,sed detrimentum,*Andr.Tiraquell d.§.
1.de retract lignag.gl.14 nu.66.68. & seq. & in d.præ-
fat. ad d.l.si unquam.nu.31. Bover. d.singul.in verb.de-
cretum nu.13.& Joh. Anton.Trigona d singul.93.nu.4.
Petr. Ravenn d singul.555.gl in d.l.4 verb.interdicta.C.
bon.qua lib. Jas.in d. l.contra juris. § fin.nu.8. ff.de pact.
Andr.Tiraq. de jure connub. gl.8.nu.74 & gl 5.nu.54.
& 202.* Et ideo Arius Pinel. *in d.part 3.nu.46.ad d.
l.1.C.de bon.mat. vers.sed dum Bald.* hic recte conten-
dit, non posse patrem actionem remittere, et-
iamsi adversarius rem possideat, nisi omnino ap-
pareat major ex ea remissione utilitas,& ita utili-
ter prudenterq; facta.

Cum itaq; ex facti specie & superioribus aper-
te constet, per hanc renunciationem (quæ pro
minimo facta est, circa tam amplissimam & pin-
guissimam hereditatem nullo ære alieno grava-
tam) filiorũ conditionem longe deteriorem esse
factam, nec retinuisse, sed remisisse jus filiorũ a-
pertum & certum:non potest videri utiliter pru-
denterq; facta. Et per consequens filiis non no-
cet,nec in eorum præjudicium jure fieri potuit.

Tertio,nihil magis in jure liquidum,nihil cer-
tius, quam quod filii † filiæq; pariter, & nepotes 68
ex filiabus prædefunctis, quorum matres solen-
ni juramento legitima dote accepta non renun-
ciaverunt, locum matrum subintrantes ascen-
dentibus suis succedant, & jure legitimo hodie
heredes fiant, *Novell.118.c.1. l.4. l.maximum vitium.
C.de lib.præter ibi Dd. Mynsing consil.32.nu.12.d.consil.37.
nu.17.18.19.* Et licet publice † intersit, ut stirpes 69
& familiæ conservẽtur per divitias & bona, *Myn-
sing.d consil.32.nu.2.3.4.5. per Novell. de testib § sanci-
mus.l pietatis.ff.de suspect.tut. l.creditores.ff de privileg.
cred.* masculorum, non fœminarum; *l fœmina.ibi
Interpp. ff. de reg jur.* cum illæ extra familiam suam
nubant: *l.pronunciatio.in fin ff.de verb.sign.l.fœmina.
ff.de senator.l.cum quædam puella.ff.de jurisd omn.judic.*
non tamen ex eo † sequitur, ut ob id puellæ, ea- 70
rumq; filii filiæq; masculis cedere bonis & here-
ditatibus paternis maternisq; carere debeant,
aut iis teneantur renunciare aliquo, forte mini-
mo dato,vel retento: quia magis attendenda est
natura,quæ eos non minus,quam masculos pro-
creavit, & liberorũ affectu jureq; complectitur,
*d.l.maximum vitium.C.de lib.præter.d.Novell.118.cap.
1 2 3.* quã accidens,ut est sexus, & extra familiam
transitus, *l.fin. C.de his qui ven. l.qui habet.ff.de tutel.
l si quis posthumos.ff.de lib.& posth.c.requisisti.de testib.
Georg Natt.ad d.c.quamvis.nu.272.de pact.in 6.* Imo
Reip.†quoq; interest,mulieres,unde mares pro- 71
creantur, ac filias divites & bene dotatas esse, *l.1.
ff.solut.matr.l.quæsitum §.si sponsa ff.de privileg credit.*

Præsupponitur autem in hac facti specie,quod
A. & A. neq; pacto nudo, neq; jurato renuncia-
verunt bonis paternis & maternis in vita sua, sed
quod enunciative dictũ fuit, renunciaturas post
obitum patris & matris, si singulæ præter dotem
adhuc ducentos accipiant florenos: Et hoc in fa-
cti specie recte præsupponi relucet tam ex pactis
dotalibus, lit. A. signatis,quam etiam ex contro-
versiæ compositione anno 45. peracta.

Ex quo consequens † est,cum A & A.post ma- 72
trem suam G. ante vero patrem W. decesserint,
superstitibus earum filiis filiabusq; in locum ma-
trum suarum tam jure materno, quàm proprio
subintrantibus, *per jura supra tam ex d.Novell 118.c.
1. & Mynsing consil.32. nu.12. & seqq. quam etiam ex
Georg Natta in repet.d.c.quamvis. nu.126.127.128.&
ibid Matth.Boys.D in addit. Marant disput.10.Paul.de
Castr.cons.54.vol.3. Wesemb.consil.11 nu.14. Mynsing.
cons.37.nu.19. Mich Graff.lib.1.comm.opin c.10.quæst.
5.vers.aut vero moritur,etc.* allegata; non incertum,
non dubium, sed clarum, certum,indubitatũ, &
liquidũ jus horũ liberorum fuisse,quod per hanc
sive transactionẽ,sive potius amicabilem compo-
sitionẽ,& subsecutam I.von W. & I.B.von H.re-
nunciationem stipulata manu juramenti loco fa-
ctam minimo accepto remissum donatumq; est.

Atqui neq; tutori,† neq; curatori,neq; admi- 73
nistratori ulli legitimo: imo ne quidem patri le-
gitimo administratori permissum est, debitũ re-
mittere liquidum, *teste Bald. in d. l præses. versic.ve-
nio ad quæstionem.C.de transact.* Ergo,inquit,pater,
quod pater, qui est legitimus administrator, vel
prælatus, qui habet liberiorem administratio-
nem,

nem, quam tutor, tamen non potest remittere debitum liquidum, *per l. pactum curatoru. ibi idem Bald. Alex. Jas. C. de pact.* Addit præterea Bart. item apparet, inquit, quod isti omnes possint transigere in re dubia: istud est verum. Cui suffragatur Arius Pinell. *in d. l. 1. part. 3. num. 57. vers. in patre autem quæ nostra quæstio fuit, &c. & rursus nu. 58. versic. sed contrarium puto verius. C. de bon. mat.* ubi testatur, patrē donare nō posse; cum patri libera potestas commissa non sit, cum dispendio, sed cum utilitate liberorū, *l. generaliter. C. de secund. nupt.* adeo ut
74 administrans † bona filii adventitia non magis possit donare, vel cum dispendio liberorū alienare in eū, à quo bona provenerant, quā in quemlibet aliū, *Arius Pinel. d. part. 3. nu. 58. vers. sed contrariū puto.* Idem vult Andr. Tiraq. *in d. præfat. ad l. si unquam. nu. 31.* quando ex Bald. *in d. l. generaliter. col. 2. versic. extra ego quæro. C. de secund. nupt.* refert & approbat, quod pater legitimus administrator filiorum suorum, qui ex successione matris opulentam hereditatē acceperunt, nō potest inter filios ipsos minores eam dividere: quia talis divisio est species alienationis, voluntariæ; non necessariæ & justæ. Quod item Tiraq. inculcat *ibid. num. 32. vers. ex quo evidenter. vers. & secundum hanc nostram.* Idem innuit Jas. *in d. l. præses. 12. nu. 4. C. de transact.* quando ab Episcopo tanquam legitimo administratore argumentatur ad patrē; ut quemadmodum ille sine decreto, ita hic etiam alienare possit: sed jam ante *in d. l. pactum curatoru. C. de pact. nu. 2. vers. idem quod dicitur.* tradiderat, idem in Episcopo obtinere, quod in tutore & curatore, *secundū Bald. in d. l. præses. & Panor. in consil. 46. incip. satu videtur mihi clarissime.* nempe quod possint debitū exigere, recipere & liberare reum; sed non posse debitum certum pacto de non petendo remittere. Secundum quam declaratonē huic juri certo & indubitato renunciare in præjudicium filiorum suorum hi patres non potuerunt.

Accedit quarto etiam hoc, quod communi
75 Doctor. suffragio receptum est, patrem, † etiamsi princeps sit, nō posse per novas conventiones filio suo præjudicare in jure jam quæsito. *Tiber. Decian. resp. 117. nu. 21. vol. 3. per l. quodcunq. § si quis ita ff. de verb. obl. l. si unus. § ante omnia ff. de pact. l. fin. ff. eod. l. cum maritus § fin. ff. de jur. dot.* sive sit jam cum effectu quæsitum, sive conditionaliter, & sub spe, *l. si constante. vers. exceptis. ubi Bald. C. de donat. ante nupt. Bald. ad l. cum à socero in fin. C. de jur. dot. Corn. cons. 68. vol. 3. Tib. Decian. d. resp. 117. nu. 21. vol. 3. Aym. Cravett. cons. 74. nu. 1. Corn. cons. 25. nu. 1. vers. & propterea videtur. vol. 1.* etiā per patris ipsius stipulationē, *secundum Jas. cons. 113. vol. 1. & Baptist. à Villalob. com. in opin. verb. pater non potest. num. 33. & 34. Jas. in l. 1. & 2. C. de*
76 *repud. bon. possess.* Nam id, quod nostrum † est, sine nostro facto nobis adimi non debet, *l. id quod nostrum. ibi Interpp. ff. de reg. jur. Bald. in l. si constante. C. de donat. ante nupt. & ad l. 2. C. de fund. patrim. lib. 11. Jas. ad l. si constante. vers. 2. in contrarium. ff. solut. matrim.*
77 Non obstat, quod primo de libera † potestate patris administratoris alienantis allatum est: nam non habere absolute liberam, sed duobus saltem casibus: & ob necessitatē æris alieni, & ob majorem utilitatem filii; supra idoneis autoritatibus Azon. Bald. Jas. Castr. Tiraq. Arii Pinel. Wesenb. Pet. Ravenn. Jon. Ant. Trigon. Matth. Matthesil. Bover. Hippol. de Marsil. Alex. & aliorum probatum est. Et quamvis pro patre legitimo administratore præsumatur, eum non temere alienaturum; evidentia tamē facti hanc præsumptionem elidit; cum sit præsumptio † juris de facto: ideo- 78
que contraria non solum probatione, sed & evidentiore præsumptione eliditur: per ea, quæ Joseph. Mascar. *de probat. concl. 1221. nu. 89. & seqq. vol. 3.* scribit: & quod hic alia pro filio militat præsumptio juris; regula scil. quæ prohibet alienationē fieri: ideoq; ut exceptio à regula doceatur, incumbit eam asserenti, & dicenti, ex causa jure permissa alienationē esse factam, ut supra ex Ario Pinel. *d. part. 3. nu. 13. Wesemb. d. consil. 52. num. 54. Dec. & Anton. Gomez.* ostendebatur.

Idem respondendum esse ad secundam objectionē ex superioribus liquet; cum nec † transa- 79
ctio valeat, nisi doceatur, eam esse prudenter, & pro majore utilitate filii contractam, propter dubiū dubiæ litis eventū, qui de facili non potuisset liquidari, sed magna erat dubitatio, ut Curt. jun. loquitur *part. 4. de feud. nu. 96. in fin. per l. in summa. ff. de condict. indeb.* Atqui hic omnia secus, ut supra dictum est. Deinde non aliter patri transigere licet, quam retinendo, non etiam dando & dimittendo, ut ex Bald. *in d. l. 1. col. 1. vers. quæro an pater per illum text. C. de bon. mat. & in d. l. præses. C. de transact. d. l. 1. ff. de reb. eor. qui sub. gloss. in d. l. 2. C. de bon. matern. Joh. Anton. Trigon. singul. 93. nu. 4. Andr. Tiraq. de retract. lignag. § 1. gl. 14. à nu. 61. usq; ad nu. 72. inclusive. & in d. l. si unquam. in præfat. nu. 31. Bart. versic. & hoc est verum. & Jas. in d. l. nulli. circa fin. ff. de transact. Caccialup. de transact. quæst. 7. nu. 4. 5. 6. 7. 8. gl. in l. non solum. 4. verb. dedisti. C. de præd. minor. Ario Pinel. d. part. 3. nu. 46.* liquidum fit. Nam nec vasallus † aliter 80
transigere potest, quam ut feudum retineat, non autem ut apud possessorem dimittat, cum à se transferat. *Joh. Ant. Trigon. d. sing. 93. nu. 1. 2. 3. Curt. jun. part. 4. de feud. nu. 96. Andr. Tiraq. d. § 1. gl. 14. nu. 66. & 67. de retract. lign. & Joh. Berbolt. cap. 8. de feud. num. 44.* Sed nec † prælatus, nec Episcopus, nec 81
procurator Cæsaris possunt transigendo rem dimittere & diminuere, sed saltem retinere ac conservare, *gl. & Bart. Bald. Jas. in d. l. nulli. de transact. Abbas in c. contingit. extr. de transact. Fred. de Senis consil. 94. incip. prælatus consensu capituli. Joh. Anton. Trigon. singul. 93. nu. 2. & 3.*

Atqui per hanc transactionem † non retine- 82
batur, sed remittebatur, & dimittebatur, & deminuebatur hereditas. *Paris. consil. 127. nu. 16. vol. 1.* In effectu enim paria † sunt actione carere, vel 83
perpetuo invalidam reddere, *Arius Pinel. d. part. 3. nu. 46. versic. igitur contra Bald. & alios hoc casu. Andr. Tiraq. d. gl. 1. § 14. nu. 72. de retract. lignag.*

Itaq; etsi in quolibet alio casu possit verum esse, quod licita sit transactio, non solum si de jure, sed etsi de facto lis immineat: in præsenti tamen casu non item; cum oporteat esse adeo dubiam litem, adeo dubium ejus eventum, ut prope difficile videatur, ut causa liberorum possit vincere: alioqui neq; utilitas liberorum, neq; necessitas adesse intelligitur, *per jura supra allegata.*

Tertia objectio † movetur quidē ab Ario Pi- 84
nel. *in d. part. 3. nu. 56. & 57. ad d. l. 1. C. de bon. matern.* sed eam refutat & repudiat *d. nu. 57. versic. in patre autem.* quæ nostra quæstio est, resolvo, *& num. 58.*

verſ. ſed contrarium puto verius. ubi teſtatur, patri etiam nobili non dari liberam poteſtatem cum diſpendio, ſed ſaltem cum utilitate liberorum, *per l. generaliter. C. de ſecund. nupt. Bald. in d. l. 1. C. de bon. quæ lib. per l. fin. ff. de curat. furioſ.* Sed nec ulla lege talis inter nobilem & ignobilem patrem adminiſtratorem legitimum alienantem traditur diſtinctio;
85 ita ut erubeſcamus † ſine lege loqui; vel diſtinguere, *d. l. illam. C. de collat. Jaſ. in d. l. præſes. nu. 4. C. de tranſact. & in d. l. ſingularia n. 19. de reb. cred. ſi cert. pet.*

Ad quartum reſpondetur negando, quod pa-
86 ter † habeat adminiſtrationē cum libera donandi, & quolibet modo tranſigendi & deminuendi poteſtate: contrarium enim ex ſuperioribus, & Bald. *ad l. 1. C. de bon. mat. & Octav. Simoncell. de decret. in contr. min. lib. 3. c. 8. nu. 2. & 3.* liquet. Deinde eam conſequentiam refutat Jaſ. poſt Barr. Bald. Salyc. & alios *in d. l. pactū curatoris. per illum text. C. de pact.*

Sic quinti argumenti nulla vis eſt, cum revera
87 fuerit † utraq; hereditas delata per G. itemq; W. mortem, *Novell.* 118. *c.* 1. adeo, ut ipſo jure ſine aditione vel agnitione ad ſuos heredes tranſmittere potuerint, *l. unic. C. de his qui ante ap. tab. her. tranſm. l. cum in antiquioribus. ibi gl. & Interpp. C. de jure delib.*
88 Deinde hoc tantum, ut, quod in ſpe † eſt, poſſit adimi, antequam realiter acquiratur, verum eſt in his, quæ ab ipſomet pœnitente, vel repudiante, aut alienante ad nos debebant pervenire: ſecus in iis, quæ aliunde, & ex providentia alterius habere debebamus, ut late Hartm. Piſtor. *d. quæſt.* 4. examinat. In propoſita autem facti ſpecie non agitur de jure, quod ex perſona renunciantiū ad hos filios deſcendere debebat, vel quærendum ſperabatur: ſed quod partim à matribus ſuis tranſmiſſum acceperant, partim proprio jure ex perſona ſui avi materni, quem repræſentabant, conſequebantur, *juxta Novell.* 118. *c.* 1.

Eadem ratio eſt ſextæ objectionis. Non enim
89 in † præjudicium filiorū, ſed ſuum ſolummodo pater repudiare poteſt delatam hereditatem vel bonorū poſſeſſionem, ut ſupra ex Jaſ. *in l. 1. & 2. C. de repud. bon. poſſ. l. 4. l. ult. C. de bon. quæ lib. d. l. 1. l. 2. C. de bon. mat. l. is qui. 13. §. fin. ibi Dd. ff. de acquir. hered. l. remittente. 11. l. ſi infanti. 18. C. de jur. delib.* probatum eſt: cum ita boni adminiſtratoris officio nō fungeretur, nec meliorē faceret conditionem liberorū: ſed potius deteriorem: quod ei non licet per prędicta. Ideoq; cum *d. l. ult. & ibi Dd. C de bon. quæ lib.* agatur de repudiatione, qua pater ſibi prędjudicat, quoad uſumfructum, & diſerte oſtendatur, liberis eam non nocere in adventitiis: per ſe patet non obſtare.

Ad ſeptimum argum. reſpondetur, primo hęc bona lucra nuptialia non eſſe; quia non occaſione & propter primas nuptias à matribus ad hos patres filiorum deſcenderunt, ſed vel per matres tranſmiſſa ſunt, tanquam bona aviæ G. vel ab avo ipſo W. hereditario jure in hos nepotes neptesque deſcenderunt, ut ita in ea nō cadat definitio lucrorū nuptialium, cujuſmodi ſunt dotes, & ſimilia propter nuptias donata & poſſeſſa, *juxta l. fœmina 3. C. de ſecund. nupt.* Secundo correcta *d. l. 3.* hac in parte, corrigitur etiam quoad eam legis ratio. Præterea pręterquam, quod valde contro-
90 verſum hoc ipſum eſt, etiam in † feudo novo, *ut docet Piſtor. d. quæſt. 4.* tametſi in novo feudo ſequatur ſententiam affirmantium, inſuper etiam multum differt hæc hereditas avita à feudo novo per patrem acquiſito: cum dominus nō directo, ſed per manū patris velit feudū deſcendenti aliquando quæri, & ita ſimul concurrat providentia patris. At hic nulla talis providentia patris. Ideoq; veluti ex ſeparatis hoc non recte inferri poteſt, poſſe patrem in præjudiciū filiæ ſuæ renunciare hereditati, ipſi ab avo materno delatæ.

Ad octavū reſpondetur negative, quia hac in parte pacta dotalia vim ultimæ voluntatis nō habuerunt. Deinde ſi qua voluntas † ultima, aut 91
donatio mortis cauſa W. iis contineretur; ea tamen vires ſuas amiſiſſet & exſpiraſſet per utriuſq; A. & A. tanquam legatariarum vel donatariarum filiarū mortem, qua ante W. patrem & donatorem & legantem perierunt, §. 1. *verſ. aut prior diſceſſerit is, cui donatum ſit. Inſtit. de donat. & ibi Dd. l. ſi filiofam. 23. ff. de mort. cauſ. donat. l. unic. §. & cum tripliti. verſic. vel vivo teſtatore. C. de caduc. toll.* Ac proinde ex iis ſuperſtites nepotes neptesq; nunc proprio quodam jure, nō matris, ad eam hereditatē adſpirant, *per jura ſupra allegata ex Novell.* 118. *cap.* 1. *Georg. Natta in d. c. quamvis. nu. 126. 127. 128. de pact. 6. Caſtr. conſ. 54. vol. 3. Mich. Graſſ. c. 10. lib. 1. comm. opin. quæſt. 5. verſ. aut vero moritur. Marant. d. diſp. 10. Didac. Covarr. in d. c quamvis. part. 3. relect. §. 2. nu. 4. & 5. Mynſing. d. conſil. 37. nu. 19.*

Noni vis ideo hic nulla eſt: quia hæc præſumptio † de ſcientia & approbatione cōjuncti procedit, ubi libera poteſt eſſe voluntas ſcientis, item ubi actus ſit concupiſcibilis & favorabilis, *ut loquitur Jaſ. in d. l. qua dotis. nu. 70. 71. & 72. ff. ſol. mat.* vel valde parum præjudicans, *Jaſ. ibid. nu.* 83. ſecus ubi reverentia & poteſtas patria eam reddit quaſi neceſſariam, *arg. l. 1. & auth. niſi triennale. ibi Arius Pinell. C. de bon mater. Jaſ. in d. l. qua dotis. nu. 96. ff. ſolut. matr.* vel actus ſit odioſus, aut valde prejudicialis, *Jaſ. in d. l. qua dotis. nu.* 103. Fallit etiam multis aliis modis, veluti ſi ſcivit, ſed contradixit, vel de jure ſuo proteſtatus eſt, aut ſi ſit factū abſente, vel ægroto conjuncto, &c. de quibus late Joſeph. Maſcard. *concl.* 408. *& aliis locis de probat.* Item, † ſola 93
ſcientia & ſilentiū non inducunt renunciationē, niſi facto vel verbis ea declaretur: maxime ubi is, qui ſcivit, & tacuit, cogitare potuit, ſibi jus ſuum ſemper durare, *per l. ſicut. §. non videtur. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv. Andr. de Iſern. Præpoſ. & Matth. de Afflict. nu 9. ad §. præterea. quib. mod feud. amitt. Andr. Tiraq. de retract. lignag. gl. 9. n. 150. & 156.* qui hac in parte gloſſ. diſſentientē *in l. cum proponas. C. de pact.* refutat. Multo vero minus operatur approbationem actus, ſi quis ſciat, † vel præſens ſit, dum ge- 94
ritur, ſi ſit in ea conditione, ut prohibere nō poſſit, vel contradicendo impedire, *per l. Gajus de pig. act. l. Titia. §. Lucio. ff. de leg. 2. l. ſæpe. de re judic. Bart in l. qua dotis. nu. 10. ff. ſol. mat.* Hart. Piſtor. id ad feudorum alienationem accommodans, *lib. 2. quæſt. 7. nu. 3. & 4.* Etſi vero filius alienationi † contradi- 95
cere poteſt, eam tamē nequit impedire: cum rata ſit, vivo patre, quo ad uſumfructū: quo finito, tandē filius ſuo jure eum revocabit, *per d. l. 1 d l. 2. C. de bon. mat. l. cum oportet d. l. 4. C. de bon. quæ lib.* Unde Bald. *in d. l. 1. verſ. prima quæſtio. col. 2. C. de bon. quæ lib.* dixit; reprobatā eſſe gl. *in d. l. cum proponas. C. de pact.* aſſerentē † filii ſciētiam & taciturnitatē vivo 96
patre

parte pro consensu & approbatione haberi: cum
propter reverentiam potius reputari debeat pro
contradictione. Proinde lex ipsa in hunc casum
97 prospexit filio, quæ ne † quidem præscriptio-
nem voluit ei currere, quamdiu potestas duraret
patria, vel ætas minor obstaret, aut ususfructus
patris, *d.l.1 d.auth.nisi triennale.C.de bon.mater.Bald.*
in d.l.1.versic.prima quæstio est: pater habens.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

EX his ergo consequens esse videtur, non ob-
98 stante patrum suorum † renunciatione W.
& I. à W. nec non C. B ejusque heredem posse
contra eam venire, & ut irritam, illicitam, & sine
jure factam, maxime post obitum parentum suo-
rum, impugnare. *per d.l.1.d.l.2.d.auth.nisi triennale.*
99 *ibi Doctor.C.de bon mater.* Quod enim ab † initio
nullum est, ex post facto non covalescit, *l.quod in-*
itio.29.ibi Dd.ff de reg.jur.c.non firmatur.de reg jur.6.
Bald. in l.cum à matre. vers.nunquid ergo filius. C.de rei
vind.l.quemadmodum.C.de agric.& censit.lib.11. neq;
100 præstat † impedimentum, quod de jure non sor-
titur effectum, *c.non præstat.de reg.jur.6.* Et ut Pet.
Peck.*in d.c.non præstat.*& Wesemb.*§.1.nu.7.Instit.*
101 *de instit.& exhered lib.* ajunt: Paria † sunt aliquid
non esse factũ, & nulliter factum, *per l.1.§.in qui-*
bus ff.quod cujusq, univers nom.l quoties 6.cum ibi not.
ff.qui satisd.cog.§.ult. Instit de satisd tutor. Quod au-
102 tem lege † fit prohibẽte, seu contra legis disposi-
tionem nulliter fieri apertum est, *ex l.non dubium.*
5.ibi Interpp.præsertim Jas.nu 8.9.18.C de legib. Jas.ad
l.post dotem.num.32 33.ff solut.matrim. Jas. in l.filium
quem num.13.C famil.ercisc.Jas.in l.nemo potest.lect.2.
nu.33 ff de legat.1.per l.1 C.de usufr.l scire.C ut in posses.
legat.nom.l.si arrogator.ff.de adopt.Wesemb.d.nu.7.in
§ 1.Instit.de instit & exher.lib. Sic, si contra prohi-
103 bitionem † legis res fideicommisso subjecta alie-
nata fuerit, à fideicõmissario, exsistente conditio-
ne, vel casu restituendi fideicommissi, libere re-
vocetur, *l.fin.§ sed quia & auth.res quæ.ibi Doctor.C.*
commun.de legat. Franc.Marzar.in tract.de fideicom.nu.
50. Bald. in l.non dubium. C.de legib. Sic, prædium
dotale contra prohibitionem legis Juliæ vendi-
tum, adeo nulliter alienatum intelligitur, ut ne
quidem dominium transiisse intelligatur, *§.1.ibi*
nota. Instit quib.alie.lic.vel non.& l.si prædium.C.de jur.
104 *dot.* Sic prædia † ecclesiastica à prælatis & œco-
nomis administratoribusq; Ecclesiarũ sine causę
cognitione & debita solennitate alienata, ipso ju-
re Ecclesiarũ manent, & libere vindicantur, *l.ju-*
bemus.§ sane.C.de sacros Eccles. Et in summa, quo-
105 ties † contractus ob legis prohibitionem nullus
est, adeo nihil ex eo contractu transit, ut nec ope
exceptionis possessio defendi retinetive possit,
Joan.Coras.in d.l.non dubium.nu.20. C.de legib. Bart.
& Jas.ad l 1.§ si vir uxori.ff.de acquir possess.ibid.Joan.
Belogn.à nu.66.usq, ad nu.82. Petr.Costal. ad l.26.de
donat.inter vir.& uxor.Wesemb.consil.66.nu.1. Sic
106 feudum † antiquum in extraneum vel remotio-
rem agnatum, etiam cum consensu domini alie-
natum, etiam sine pretii refusione proximior re-
vocat, defuncto alienatore, *c. Titius.si de feud. def.*
content. Hartm.Pistor.per tot.quæst.6.lib.2. Quin et-
iam agnati consentientis, vel alienantis heres suo
jure, quod ex primi acquirentis pacto & provi-
dentia habet, revocare potest, non obstante eo,
quod heres defuncti teneatur factũ defuncti ra-
tum habere. Ita enim sentit Jac.de Belvis.*in c.1.§.*
hoc quoq, circa fin.de success.feud.ibid. Bald.col.fin vers.
ultimo distinguo.Idem Bald.in l.qui se patri.C.unde lib.
Laudens.Alvarot.Præposit.in d.c.1.§ hoc quoq,.de success.
feud Jacob.de S.Georg.de feud. verb.& cum pacto de non
alienando.versic.sed dubitatur nunquid. Curt.jun part.
4.de feud.nu.150.versic.secundo cadit. maxime facto
inventario, *Arius Pinel.ad d.l.1.part.3.nu.93.C.de bon.*
mater.Andr.Tiraq.de retract.lignag.§.1.gl.9.nu.54.

Secundo idem probare † videtur, *l.Seja.73.ff.* 107
de evict. ubi Seja marito suo fundum alienum, qui
Semproniæ erat, in dotem dederat; & herede in-
stituta Sempronia, vel, ea ab intestato relicta,
proxima agnata, decessit: Agnita hereditate con-
troversiam marito Seję, cujus ex pacto manebat,
fundi causa movet Sempronia: quæsitum est, ju-
réne illam controversiam facere possit? Respon-
det Paulus, jure quidem proprio, non etiam he-
reditario posse. In quam etiam sententiam Dio-
clet. & Maxim. rescribunt *in l.fin.C.de evict.* here-
dem fidejussoris, qui pro evictione intercessit,
non ex eo impediri, quod fecit is, cui successit,
quin rem venditam, quam suam esse dicit, vindi-
care queat. Filios autem † in proposito casu jure 108
proprio revocationẽ intentare, sæpius & dictum
& probatum est, *per d.l.1.l.2.& seq. C.de bon.mater.*
d l.4.l.cum oportet.l.seq.l.ult.C.de bon.quæ lib. Quare
etsi † essent suorum parentum heredes facti, a- 109
vocabunt tamen recte hanc hereditatem, colla-
tis acceptis, *argum. eorum, quæ Alciat.scribit ad l.fi-*
liusfam § Divi.ad fin ff.de legat.1. dum asserit, here-
dem, etiam filium, non repelli ab impugnando
defuncti facto, nisi quando vellet admitti jure
hereditario, secus si jure proprio, vel aliunde ha-
bito: & quæ Castrens.*ad l.Lucius.39.nu.7.ff.sol.ma-*
tri. post Bald. scribit, admitti nimirum exceptio-
nem heredis, quam ex sua, non defuncti persona
objicit. Quod rursum corroborati videtur, *per*
text.in d l.debitor.§ ult.verb.quia non quasi heres ff ad
Senatusc.Trebell.& quod Tiraq.51.52.de retract.lignag.
§ 1.gl.9.num.53 54.55. filium heredem admittit ad
retractum ejus rei, quam pater vendidit, si suo ju-
re experiatur.

Tertio confirmatur idem sententia Alpheni
Jurisconsulti, qui † *in l.cum qui.ff de interd.& releg.* 110
respondet, ea, quæ filio non à patre, sed à genere,
vel aliunde & extrinsecus tributa sunt, ei manere
incolumia, nec paternam in iis dispositionem
nocere. Ejusmodi autem hanc esse hereditatem,
non est laborandum multis ostendere; cum re-
rum testimonia adsint.

Quarto, † juxta juris communis regulas, pa- 111
rentibus integrũ non est, liberos beneficio à le-
gibus ipsis indulto defraudare, vel exuere: sed et-
iamsi id conati sint, hoc tamen liberis nullũ præ-
judicium parere debet, quin omnino jus suũ re-
cuperent, *l.si arrogator.ibi glos.Bart.Bald.Jas.ff.de ad-*
opt.l.fin.ff.si quid in fraud.patro. Beneficio autẽ legis
Constantinianeæ & Justinianeæ datũ est liberis,
ut adventitia bona, nec non materna habeant ju-
re proprietatis, usufructu saltem reservato patri,
d l.1.C.de bon.matern.d.l.9.d.l.cum oportet.d.l.fin.C de
bon quæ lib.§.1 & 2.ibi Dd.Inst.per quas pers.nob.acq.

Quinto, † hominis cujusque actus ita debet 112
expo-

exponi, & interpretatione mitigari, ut quam minimum noceat juri alieno, & tantum jus actum agentis lædat, vel transferat; ejusq; transferendi gratia susceptus intelligatur, *c. in animarum. §. 1 de constit. in 6. §. quo jure. distinct. 8 l. 1. in fin ff. de tutor. & curator. dat. ab his qui ius. l. cum unus. § penult. ff. de bon. autor judic. possid. l. neq; C. qui dar. tutor. poss. Alex. con-*
113 *fil. 64. lib. 6.* Nam cum † oporteat hominis voluntatem & actum ita conformare & interpretari, ut cum legis dispositione, tanquam cum sua finali conveniat, *glos. ad l. in re mandata. verb. ex proprio. C. mandat. Bald. ad l. 2. in 2. lectur. ff de his qui sunt sui vel alien jur. Jas. in l. more majorem. num. 1. ad fin. ff. de jurisd. omn jud. Bart. Bologn. Jas. ad l. nemo potest ff. de legat. 1. & in l. non dubium. C. de legib.* probabilis est illa interpretatio, quæ actum, licet generalem, reducit ad habiles juris terminos, & eam, quam agens suo jure habuit, facultatẽ, *l. semper in obscuris. 9. ff de regul jur. l. quotiens. 12 ff. de reb. dub. Pet. Peck. ad c. in obscuris. de regul. jur in 6.* Itaq; & hoc casu videtur ea interpretatio assumenda, quod I. von W. & I. B. noluerint proprietatem hereditatis delatæ remittere & donare, sed usum fructũ jure sibi debitum: & per consequens, finito illo usufructu, resolutum esse jus ex illa remissione quæsitum W. von S. juxta vulgatam regulam, reso-
114 luto † jure datoris, resolvi jus accepturis, *l. lex vectigali ff. de pignor. l. si ex duobus. § fi. & Marcellus. ff. de in diem addict. l. si quis domum. §. his subjungi ff. locat. l. Statius. §. Cornelio. ff. de jure fisc. c. unic. §. rursus. quib. mod feud. amit c. unic. § ret. §. seq. de invest. de re al. fact.*
115 Sexto, † si inventarii confectio efficit, ut actiones non confundantur, *Jas. ad l. qua dotu. num. 55 ff. solut. matrimo. Doctor. in l. fin. §. in computatione. C. de jur. delib. ibid gl. Curt. jun. part. 4. de feud. nu. 48. vers. quia beneficium inventarii conservat heredi omnia jura & actiones, perinde ac si non adiissent hereditatem, & c gl. in d. l fin §. in computatione. Arius Pinell. ad d l. 1. part. 3. nu. 92. prope ad fin* eveniet, ut jus revocandi hanc renunciationem vel alienationem paternam salvum maneat filiis filiabusq;, *Bald. & Doctor. in l. cum à matre. col fin. C. de rei vind. & in d l fin. §. in computatione. C. de jur. delib. Roland à Valle consil. 30. nu. 37. vol 4. Wesemb. consil 15. nu 86. And. Tiraq. d. tract. de retract. lignag. Paris. consil. 10. nu. 6. 7 8 9. vol. 1. Anto Gabriel lib. 6. commun conclus. tit. de regul jur. conclus. 11 nu 9. & seqq.* Nam etsi secundum mul-
116 torum sententiam filius, † vel agnatus, heres vasallo alienanti non possit feudum alienatum revocare; si tamen inventarium confecerit, jus revocandi ex sua persona suoq; jure integrum retinet, *secundum Andr. de Isern. in c. 1. in fin. qui succeß. tenentur. & in c. 1. an agnat. vel filius vasall. ibid Alvarot. & Præpos. Laudens. ad c. Titius. si de feud. defunct. content. Matth. de Afflict. in c. unic. § hoc quoq; num. 74. de success. feud.* qui communem asserit opinionem, *Paris. d. consil. 10. nu. 6. 7. 8 9. vol. 1 Zas. part. 9. nu. 28. de feud. Curt. jun. de feud. part 4. nu. 148.* qui in hanc sententiam protracti sunt per prædictam rationem à gloss. *in d. l. fin. §. in computatione. C. de jur. delib.* acceptam: *teste Curt. jun. d nu. 148. & Hartm. Pistor. quæst. 13. nu. 25. lib. 2.* At ubi eadem ratio, ibi jus
117 idem debet esse, vulgaribus textibus: unde † etiam Ruin. Paris. Rol. à Valle *in prædictis loc.* illud jus ad hunc quoq; casum, in quo agitur de legitimi patris administratoris alienatione, extendunt: asseverantes per inventarii confectionem integrum jus revocandi filio manere, *Roland. à Valle d. consil. 30 num. 37. vol. 4.* ubi etiam Ruin. *consil. 220. col. 1. & seq. vol. 1.* ejusdem opinionis autorem refert: *& Castr. Bald. in d. l. Lucius. nu. 7. ff. sol matri.*

Septimo, † juramentum non erit vinculum 118
iniquitatis, *c. non est obligatorium. de regul jur. 6.* cum tres comites habere debeat, justitiam, judicium, & veritatem, *c. etsi Christus extr. de jurejur. Petr. Peck. in d. l. non est obligatorium.* sed in prædicta renunciatione parentum, si præjudicium totaliter liberis generare debet, summa versatur iniquitas; nulla justitia, nullum judicium.

Octavo, † personalia jura personam non e 119
grediuntur, *§. ei vero. Instit. de jur. nat gent. & civil. l. jus singulare. ff de legib. l. in omnibus. 68 ff de regul. jur. l. inter artificis ff de solut.* Juramenta † autem cen- 120
sentur personalia, nec personam jurantis egredi, *c. veritatis. extr. de jurejur. ubi Panormit & alii. Didac. Covarr. ad c. quamvis. part. 1. relect. 1 §. 5. num 4. Georg. Natta ibid nu. 124. de pact 6.* ac proinde ad heredes, ut iis constringantur non extendi, nec in eos transmitti, *d. c. veritatis. Covarr. d. nu. 4. Bald ad l. ult. nu. 16. ibid. Bart. & Castrens. C. de pact. Georg Natta ad d c. quamvis nu. 124. & 133. de pact. in 6. Wesemb. consil. 15. num. 28.*

Nono, † ob transitum ad secundas nuptias pa- 121
ter solo usufructu retento ipso jure amittit proprietatem in bonis filii defuncti, ex primo matrimonio nati, accrescentem defuncti germanis fratribus ac sororibus, *Novell. 22. c. antepenult. Tib. Decian resp. 19 nu. 1 vol 1.* Majus autem est amittere jus proprietatis, quam administrationis. Ergo in præsenti quoq; casu dicendum erit, sublatum fuisse jus legitimæ administrationis tum temporis, cum hæc renunciatio facta est: & per consequens non potuisse amplius jure patris legitimi administratoris alienare: nec jus paternum hoc efficere, ut filii pietate paterna ducti ratam habeant renunciationem.

Decimo, † etsi hæc renunciatio facta sit loco 122
juramenti, an Eydesstatt / per m nuũ porrectionem; ea tamen promissio non est exæquanda juramento corporali, *per ea quæ Didac. Covarr. in d. c. quamvis. part 1. §. 2 num. 3.* cum non sit idem, quod ponitur pro eodem, *gl. a d. l. merces ff de verb. signif. c. penu t. ubi Panorm. extr de jurejur.* Ut vero † renun- 123
ciatio recte procedat, corporali juramento formiter, hoc est, in forma Juris præstito opus est, *Canon ad c. cum contingat extr de jurejur. c. 1 c. 2. eod in 6. Jas. ad l. 3 § jurari nu 3 ff de jurejur. Wesemb. consil. 23. nu. 2. & consil 15 nu 27. Covar. d nu 3.* Quo efficitur, cum nudo pacto non possit renunciatio fieri, *d. c. quamvis de pact. in 6. Cyn. nu 5. Bart. nu. 7. Bald. nu. 7. Salic. nu. 6. Fab. nu 1 Jas. nu. 13. in auth sacramenta puberum. C. si advers. vend.* nec ex nudo pacto aliqua nascatur civilis obligatio; filios etiam tanquam heredes patris non impediri eam impugnare, & rem remissam revocare.

Undecimo, † pater legitimus administrator a- 124
lienans, ipsemet contra hanc alienationem, non quidem ex sua persona, sed filii, & non tanquam alienator, sed ut administrator, venire potest, *Bald. in l cum à matre. col. 1. vers. numquid ergo filius heres patris. C. de rei vind. Andr. Tiraq. de retract. lignag. §. 1 gl. 9. nu. 70. & 75.* Ergo multo magis ipse filius pote-

poterit contravenire, etiamsi heres patris postea
125 existat; cum sæpius plus † permittatur heredi,
quàm defuncto, l fin C. de evict. Bal. in d.l. cum à ma-
tre. vers. nunquid ergo filius. Castrens. ibid. nu. 5.
126 Duodecimò, † etiamsi patronus liberto fiat
heres, revocat tamen suo jure contractum,
quem libertus fecerat in deminutionẽ juris pa-
tronatus, l. 3. § patronum. §. intestatus. ff. si quid. in
fraud. patron. l. 2. C. eod. Bald. in d.l. cum à matre. vers.
præterea hoc est expressum.
127 Postremò, quoties † defuncti factum est con-
tra legem & invalidum, heres potest contra illud
venire, non obstante regula in d.l. cum à matre. per
ea quæ Menoch. cons. 89, nu. 6.7.8.9.10.18.
Sed ne in hac quæstione diu multumque per
128 emendicata suffragia vagemur, † his non obstan-
tibus, æquitati justitiæq; magis consentaneum
est, ut distinguamus inter eos liberos, qui patri
suo renuncianti heredes extiterunt, sive inven-
tarium fecerint, sive facere neglexerint; & qui
heredes facti non sunt: sed aut exheredati, aut
accepta dote vel legitima, per renunciationem
superstiti factam exclusi.
Nam perpetua est illa juris regula, heredem
129 cõtra defuncti factum † venire non posse, etiam-
si is nulliter, vel inique sciens rem heredis alie-
nasset, l cum à matre ibi Salycet. Bartol. Bald. Castrens.
Fab. C. de rei vindic. l. venditrici. C. de reb. al. non alien.
l. sive possessio. 14. C. de evict. l. unum ex familia. §. sed si
uno. ff. de legat. 2. l si Labeo. C. de negot gest l successores.
C de solut. l. si uxor. C. de bon. autor. jud poss. l. si fundum.
verb. n: que ei ju. cessisti. C. de reb. alien. non alienand.
adeo ut non solum tanquam heres non possit
revocare vel impugnare, sed ne quidem ex pro-
pria persona d.l venditrici. C. de reb. alien. non alien.
d l. cum à matre. C. de rei vindic. Andr. Tiraquell. de re-
tract. lignag. § 1 gloss. 9 num. 48. Anton. Gabriel. lib. 6.
comm. concl. tit. de reg jur. conclus. 11. nu. 1. 3. 4.5.6.7.
130 Eamq; regulam in specie ad hunc casum, † quo
pater, sive tanquam legitimus administrator, sive
simpliciter rem adventitiam filii vendidit, dona-
vit, remisit, vel renunciavit, cui heres factus sit fi-
lius, accommodat Bald. in d.l cum à matre. versic. in
contrarium videtur, quod ex contractu. C. de rei vindic.
per l. si cum dotem. §. transgrediantur. ff. solut matrim.
C. si ut se ab hered. abstin l si filius qui patri. ff. de vulg &
pupill subst. l. necessariis de acquir. hered. item post Gl.
Bal. in d. l. cum à matre. Mynf. cons. 38 nu. 20. Menoch.
cons. 89 à nu. 34. usque ad fin. & cons. 87. n. 99. Tiber.
Decian resp. 13 nu. 95. & seqq vol. 1 per l. qui à patre. C.
de restit. mil. l. 2. C. si quid in fraud. patr. Ias in l. apud Iu-
lianum. § si quis alicui. ff. de legat. 1. idem Decian. resp.
13 n. 82. vol. 2. gl. in d. l 1. & ult. & ibid. interpp & post
omnes Arius Pinel. d part. 3. nu. 79. C. de bon materni.
131 Et licet Paulus † de Castr. in d l cum à matre. nu.
5. C. de rei vindic. putaverit distinguendum, utrum
pater rem alienaverit simpliciter, & tanquam
suam; an vero tanquã rẽ filii, eamq; administra-
verit? Priore casu regulæ prædictæ locum fecit;
posteriore adhuc filium heredem patris revoca-
re posse voluit, ideo quod hoc casu prohibita sit
alienatio in d l. 1. & d. l. 2. C. de bon. matern.
132 Etsi etiam sunt, qui † attendendum putant, u-
trum de evictione teneretur defunctus, si adhuc
eo superstite filius revocaret, necne, arg. l. 1. ff. de
except. rei jud. & l. Seja. 73. ff. de evict. ut si de ea obli-
gatus non esset, possit libere contra defuncti fa-
ctum venire.
Neutra tamen sententia † tuta est, neutra re- 133
cepta, ut multis probat Bald. in d.l. cum à matre. Andr.
Tiraq. de retract. lignag. §. 1. gl. 9. n. 48. Arius Pinel in d.
l. 1 part. 3. nu. 49. & seqq. Nam perlectis & diligen-
ter omnibus consideratis, quæ de hac patris alie-
natione à legibus prodita sunt, nullibi, ne uno
quodam verbo, hoc cautum reperitur, ita distin-
guendum esse. Nihil autem † temere sine juris 134
autoritate certa est asserendum, c. hi qui in ecclesia.
de sent. excom. 6. c. consuluisti. 2. q 5 l dissentientes. vers.
nulla præcipit juris constitutio. C. de repud. Itaque cum
id, † quod lege non cavetur, in practica non at- 135
tendatur, Bald. in c. nihil. ad fin. extr. de elect. meritò
standum † est regulæ, tanquam probationi pro- 136
batæ. gloss. in l. omnis definitio. ff. de reg jur. & in c. 1. de
reg. jur. 6. Schurf. cons. 59. n. 10. & 11. cent. 1. quia con-
trarium, exceptio scilicet, ex jure non probatur,
Zas. cons. 8. nu 34 vol. 2 Eberh à Middelb. in loco 9. leg.
ab except. ad regulam. nu. 12. Sebast. Vantius de nullit.
process. tit. de nullit. ex defect. process. nu. 118. vers & præ-
missa. Imo vero distinctio † illa aperte refutatur 137
in d. l. venditrici. C. de reb. alien non alien. l sive possessio.
C. de evict. utroque loco ostenditur indistincte re-
pelli agentem heredem: & fortius in l. Polla. C. de
his quib. ut indign. quæ probat, pupillum heredem
non posse contravenire facto sui antecessoris, l.
filium ff. de lib. caus. & certè in facti specie, d. l. cum à
matre C. de rei vindic. non distinguitur, an evictio
potuit locum habere, necne? sed indistincte he-
res alienationi stare jubetur, l. si Titius. ff. de pig. act.
Secundò facit ipsa regulæ ratio æque in filio,
ut quolibet herede alio, cuius rem suo vel here-
dis nomine, vel simpliciter, aut tanquam admi-
nistrator sciens vel ignorans vendidit, donavit &
abenavit: nempe, quod heres † censetur una ea- 138
demq; persona cum defuncto. Nov. de jurejurand. à
mort. præst. Andr. Tiraq d. § 1. gl. 9 nu. 48. Ant. Gabriel.
d. concl. 11. nu. 2. lib. 6. tit de reg jur. Menoch. cons. 89. nu.
40 & 41 quem omnino repræsentat, maxime in
jure formato & certo Rol à Valle cons 50. n. 8. vol. 2.
per l. 1. & 2. C. de he. ed. act. & cum per naturam o-
porteat † eius esse incommodum, cuius est com- 139
modum, l. secundum ff. de regul. jur. meritò etiam ex
qua persona lucrum capit, incõmodum ob eius
factum capiet, l. ex qua persona. ff. de reg. jur. l. 2. §. ex
his, ibi interpp. ff. de verb. obl. Ubi vero eadem ratio,
ibi jus idem esse oportet, vulg. textib.
Tertiò † in hanc sententiam aperte transit re- 140
scriptum in l. pen. C. de restit. mil. Ea, inquiũt Impp.
quæ à patre geruntur, non decet pro disciplina
militari à filius ad irritum revocari. Et quod de
patre mortuo, cui successerat Marina, rescribãt,
ex seqq. ibid. patet, & corroboratur ista decisio
ab iisdem Impp. in l. si patri. 22. à sensu contrario. C.
de donat. Nec fas est dicere, † hoc rescriptũ ad res 141
quaslibet alias spectare, non ad bona materna &
adventitia: cum tempore Diocletiani & Maxi-
miniani, quid l. pen autores sunt, nondum jus il-
lud, quod est in l. 1. C de bon. matern. fuerit introdu-
ctum? quia nullibi cautum est, hoc jus in d. l pen.
non pertinere ad jus, de quo in d. l. 1. & 2. C. de bon.
matern. & in l. 3 l. 4. l. 5. C de bon. quæ lib. cum anti-
quæ † etiam leges ad posteriores pertineant, & 142
vice versa, l. non est novum. l. seq. ff. de legib. & quod

non mutatur, cur stare prohibetur, *l. sancimus. C. de testam.*

143 Quartò, heres † nō potest esse melioris conditionis, quàm defunctus, *l. heredem. l. in omnibus. §. non debeo. ff. de reg. jur.* ita ut factum defuncti censeatur factum heredis, & contrà, *Ang. cons. 185. per l. uxorem. §. agri plagam. ff. de legat. 3. Bar. in l. si servus. ff. de cond. furt. Andr. Tiraq. d. § 1. gl. 9 n. 48.* At si liceret ex propria persona revocare, melioris esset heres juris, quàm defunctus, & factum defuncti non efficeretur factum heredis.

144 Hinc est, ut † heres fideicommissarius, institutus in fiduciarii testamento, vel ei ab intestato succedens, non possit revocare rem fideicommisso subjectam à defuncto fiduciario alienatam, *Rol. à Valle cons. 50. nu. 8. vol. 2. & cons. 6. nu. 14. & 15. vol. 3. & cons. 71. n. 3. vol. 2. cons. 34. nu. 72. vol. 4. Menoch. d. cons. 89 per tot. vol. 1.* etiamsi filius sit, *Anton. Gabriel. d. concl. 11. n. 6. lib. 6. tit. de reg. jur.* Hinc
145 nec feudum † revocet agnatus alienanti, qui heres est. *Iacob. de Belvis. Isern. Bal. Alvarot. Afflict. & alii in c. unic. § hoc quoque. de success. feud. Hartm. Pist. q. 6. num. 75. lib. 2.* nec filius heres, *Hartm. Pist. quest. 13. d. lib. 2 per tot. Arius Pinel. d. part. 3. à num. 95. & deinceps.*

146 Quintò, si † matris alienatio nocet filio heredi indistinctè, & eo etiam casu, quo evictioni locus non est: quantò magis nocebit paterna alienatio in bonis filii adventitiis? Sed primum in jure expeditum est, *d. l. cum à matre. C. de rei vindicat. & ibi Doctores omnes d. l. venditrici. C. de reb. alien. non alien.* Consequens igitur: Siquidem patri & maior potestas & maius jus est attributum, *in d. l. 1. C. de reb. matern.* Et quamvis ei alienatio regulariter est prohibita, tamen est & aliquo casu
147 permissa. Neque illa † constitutio patri prohibet alienationem annullando, sed simpliciter filio facit potestatem revocandi alienationem, ut *ex d. l. 1. C. de reb. matern.* & cæteris, de quibus in quæstionis primæ resolutione. At quoties lex prohibitionem non dirigit in ipsam rem, ipsumque contractum annihilando, sed simpliciter suggerens remedium revocationis; non est absolute alienatio irrita, vel prohibita, sed quatenus illo utatur remedio, & animum suum declaret is, in cuius gratiam lex illud ita constituit, *Bologn. ad l. 1. § si vir uxori. ff. de acquirend. poss. ff. numer. 18. Dd. ad l. non dubium. C. de legib.* Itaque non potest alia conditio, nec alia natura esse huius alienationis, quàm illius, quæ à matre expeditur.

148 Concludendum ergo primum est, eos † liberos, qui parentibus suis renunciationem illam facientibus, sunt heredes effecti, pro hereditaria portione repelli ab hac revocatione, per exceptionem doli, vel in factum, *Anton. Gabriel. d. conclus. 11. num. 14. in tertia limit. d. tit. de regul. jur. lib. 6. commun. conclus.* etiamsi inventarium fecerint, neque ex defuncti patris, sed sua persona experiantur *juxta d. l. 1. C. de bon. matern.* nisi jam vivo parente hanc revocationem judicialiter instituissent, & de ea lis contestata fuisset. Nam exce-
149 ptionem † vel doli, vel in factum locum habere, etiamsi de evictione excipere non liceat, claret *ex d. l. Seja cum ibi notat. ff. de evict. & l. venditrici. C. de reb. alien. non alien. d. l. cum à matre. C. de rei vindic. l. si fundum. C. de reb. alien. non alienand. l. successores. C. de solut. l. si Titius. ff. de pignor. act. dict. l. sive possessio. C. de evict. gloss. in d. l. cum à matre. ibid. Iohan. Faber, Bald. Castrens. Andr. Tiraquell. d. gloss. 9. numer. 48.*
idque infrà plenius. Sic & infra ostendetur, † inventarii confectionem nihil hac in parte prodesse, nec regulam hanc vel limitare, vel mutare, quando aliàs hereditas est solvendo. 150

Dico autem pro hereditaria † portione, & 151
quidem quotativa, *cum Bald. Bartol. Salycet. Castr. Cyn. Fabr. & aliis in d. l. cum à matre. & Ario Pinel. in d. l. 1. part. 3. num. 79. versic. eadem conclusio excludens filium heredem. C. de bon. matern.* ut ostendam primum, non excludi filium heredem insolidum à revocatione eius, quod suum erat, nisi etiam sit in solidum heres alienatori. Nam si coheredes habeat, qui nihil juris in re alienata à patre habebant, puta quod extranei sint, aut non eiusdem cum fratre vel sorore juris, sed tantum consanguinei, puta ex secundo forte vel tertio matrimonio nati: tantum repelletur pro ea portione, qua patri heres est: puta, si unum habeat coheredem extraneum, vel fratrem consanguineum tantum æquali portione: repelletur saltem pro parte dimidia, si duos habeat coheredes huiusmodi, æquali portione, saltem pro triente removebitur à revocatione, & ita deinceps. Deinde quod exclusio non fiat pro quantitate portionis hereditariæ, sed pro quota; ut licet filius heres pro patre tertia ex hereditate paterna habeat sexies centena millia, & res à patre alienata materna sit tantum novem millium; non tamen in solidum excludetur à revocatione, sed solummodo à tertia parte eius rei: duas igitur revocare poterit: modò illa res alienata in solidum eius filii fuerit, ut prolixe Bald. *in dicta l. cum à matre.* & Arius Pinelus *prædicto loco* declarant.

Dico etiam, repelli, nisi † jam vivo patre quis 152
horum filiorum suscepto per litis contestationem judicio revocare cœpisset: quia non solum post obitum patris, sed eo etiam vivo alienatore filius habet jus revocandi alienata: & tum si lite mota, patre vivo litem contestatus sit cum possessore, hoc jus in judicium deductum, & quasi novatum propter supervenientem paternam hereditatem non posset mutari, *ut in dicta part. 3 numero 79 versic. tum igitur ex juris regu'n. docet Arius Pinelus*: quia regula obstat his tantum, quæ adversus defuncti factum ex integro suscipiuntur: non quæ jam, eo vivo, suscepta sunt, nec sunt amplius integra. Quam etiam ob causam Arius Pinelus prædicto loco, consultius esse arbitratur, ut vivo patre filius agat: ideo, quod tum cessant prædicta jura filium excludentia à revocatione ob nomen heredis: quod etiam Bald. voluit *in l. fin. § in computatione. num. 7. C. de jur. deliber.*

Utrum autem W. & I. vivo suo patre, vel C. in vita I.B. hanc litem moverint, ex iis, quæ mihi sunt tradita, non admodum clare liquet. Imo vero D.B. von H. hanc revocationem facere suscepisse, facilius colligitur ex informatione nu. 3. notata. Quo expeditum redditur, hunc D.B. exceptione illa, *Si non sit heres renuncians*

I.B.

I.B.excludi. Nec enim mihi dubium est, C.B.eius patrem patri suo heredem esse factum. Quod
153 vero heredi † ipsi obstat, etiam heredi heredis recte obiicitur, *per l.sciendum. cum ibi not. ff. de verb.*
154 *signif.* Si porro (exempli gratia) filia † I.à W. vivo patre I. à W. dote legitima, legitimam non excedente, vel qua re simili loco legitimæ accepta (ut innuere videtur informatio Advocato data) renunciasset jurejurando hereditati futuræ, nec etiam post obitum patris sui aliquid amplius accepisset titulo hereditario: utiq; audietur ipsa hanc renunciationem, quam pater eius fecit de bonis W. à S impugnans, quia nequit ei obiici exceptio, quod heres teneatur defuncti factum præstare, & ratum habere: cum patri suo heres facta non sit. Ita enim respondit gloss. *in l. fin. § in computatione. C. de jure delib.* nempe quod si filius vel filia, cuius rem adventitiam vel maternam pater vendidit, non habeat postea, nisi legitimam, in nihilo repelli à vendicatione rei suæ, cum vere & proprie non censeatur portionem hereditariam consequi, sed potius debitum naturale, locum alimentorum subintrans. Quam etiam sententiam Bartol. *in l. 2. num. 7. C. si quid in fraud. patr ibid gloss.* Bald. *in d.l. cum à matre. ibi gloss. explicans, vers. tertio quæro* Castrens. *ibid. num. 6. C. de rei vindicat.* Arius Pinel. *in d part. 3. num. 8.* amplexi sunt, eamque esse communem, testatur Ant. Gabriel. *lib. 6. comm. concl. tit. de reg. jur. concl. 11. nu. 15. in quarta limitatione.*

Quanquam vero interpretes prope omnes
155 distinguant, utrum legitimam habeat † titulo hereditario, an quo alio: vel utrum consequatur tanquam quotam hereditatis, vel quotam bonorum; ita ut etiam repellendam credant, si hereditario titulo vel tanquam quotam hereditatis habeat, *secundum Bartol. in d l. 2. nu. 9. C. si quid in fraud. patr. Bald. in d.l. cum à matre. vers. tertio quæro. Castrens. d. num. 6. Bald. Salyc. Castr. Alex. Ias. in d l. fin. § in computatione. C. de iur. delib. Anton. Gabriel. d. conclus. 11. num. 15. vers sublimita quia istud procedit.* hanc tamen distinctionem vehementer, ut iniquam, improbat Arius Pinel. *in d. part. 3. num. 80. vers. ego autem contra scribentes* & asserit indistincte, si filius vel filia nihil sit consecutus vel consecuta ultra legitimam, non posse repelli, tanquam heredem patris à revocatione.

156 Pro qua sententia facit, † quod communi calculo placuit, legitimam gravari non posse, cum eam absque omni onere liberi habere debeant, *§ prohibemus. Novell. de trient. & semiss. authent. novissima. ibi Dd. C. de inoff. testam. Andr. Gail. observ. 119. num. 2. lib. 2.* Si vero ob legitimam acceptam filius filiave repellenda à revocatione rei suæ maternæ vel adventitiæ per patrem alienatæ per indirectum legitima gravari posset, quàm directò onere tali deprimere non licuisset. Sed quod di-
157 rectò fieri † non licet, nec per indirectum admitti debet, *l. quæ sub conditione. § sed si sub jurejurandi. ff. de condit. instit. c. ult. ibi gloss. in verb. & personalem. extr. de offi. deleg.* Wesembec. *cons. 2. num. 74. volum. 1.* Et quod una via alicui prohibetur, ad id alia via admitti non debet, *l. oratio. ff. de sponsal. cap. cum quid de reg. iur. 6. c. 1. de cler. conjug. 6.* Wesemb. *d. cons. 2. nu. 74. & 75.*

Deinde concesso, quod distinctio illa vera esset, ea tamen nihil virium haberet ad excludendum ab hac revocatione filiam, quæ vivo patre renunciasset in manus patris futuram hereditatem accepta dote loco legitimæ, nec quid amplius accepisset, nec accipere speraret ex hereditate paterna, quia neque nomen heredis in eam caderet, neque legitimam illam hereditario titulo esset consecuta: multo vero minus tanquam quotam hereditatis, *Anton. Cucchus de legitim. verb. legitima est autem quota bonorum. per tot.* Sed et si eam pater postea in legitima heredem instituisset, non tamen ut heres personam testatoris defuncti repræsentaret, cum proprie universalis heres vel successor non sit, quæ ad solam venit legitimam, *secundum Cagnol. ad l. Papinianus. § meminisse. nu. 12. ff. de inoffic. testam. Anton. Cucchus de legitima. verb. legitima est autem quota bonorum. nu. 35. qui & Socin. cons. 150. in 7. fundam. vol. 1. in eandem sententiam allegat.* Factum igitur hoc defuncti ne sic quidem ratum habere compelli posset; cessante nimirum ratione, quæ est *d. l. cum à matre. & similium:* unde nec à creditoribus hereditariis conveniri potest, autore eodem Cagnolo *in d. §. meminisse. nu. 12. & Anton. Cucchio d. verb. legitima est autem quota bonorum. n. 37.*

Etsi vero ea, quæ † vivo etiam patre renuncia- 158
vit, se heredem in casum deferendæ hereditatis quodammodo declaret, *argum. eorum, quæ Paul. de Castr. d. cons. 54. num. 3. vol. 3 scribit,* nec ob id, quod propter renunciationem abstinet paterna hereditate, suorum heredum numero eximitur, *Mynsi. observ. 4 obs. 22. Dn. Phanuc. de Phanuc. in tract. de lucro dot. gloss. 11. n. 1. Castrens. cons. 393. incip. substitutio facta huic. n. 1. cons. 59 pro pleniore. n. 1. vers. si vero. vol. 1. Ias. in l. post dotem. n. 89. vers. limita tamen ea. ff. solut. matrim. Phil. Portius concl. 5. vers. quarta. lib. 3. comm. concl. Ias. in l. si emancipati. n. 34. vers. secus si statutum. C. de collat. bonor. & in l. qui se patris. n. 7. & 8. C. unde liber. Castrens. cons. 286. n. 8. vers. nam filia non totaliter. vol 1. Ant. Gabriel. concl. 2. n. 7. lib. 6. comm. conclus. tit. de legit.* hoc tamen intelligitur tantum de jure sanguinis, familiæ, favoris, & similium: non autem quoad onera & debita hereditaria, non etiam quoad lucra & commoda hereditatis. Nam eo respectu † magis habetur pro mortua & ex- 159
heredata, magisque est similis ei, qui se à paterna hereditate abstinet, quiq; delatam hereditatem repudiat; & heres actu factus non est, ut diserte testantur Baptist. à Villalob. *verb. statutum excludens num. 114. & 115. commun. opinion. Anton. Gabriel. lib 6. concl. 7. tit. de statut. num 36. Didac. Covarr. ad d. cap. quamvis. part. 3. relect. § 3. numer. 2. Iason ad l. in arenam. numer. 11. & in l. neptem. 7. numer. 5. Cod. de inofficios. testament. Petr. Costal. ad l. qui repudiari. 17. ff. de inoffic. testam. Bartol. ad l. 1. C. quando & quibus quart. pars. lib. 10. & ad l. 1. § sed et si patruus. ff. de conjung. cum emancipat.*

Quibus ita declaratis, recurrit supra posita distinctio: utrum W. I. & C. sint patribus suis heredes facti, ut tum excludantur singuli pro ea portione, qua heredes effecti, quotativa; nisi vivi suis patribus litem hanc contestati sint; an vero non sint heredes facti; aut quod penitus hereditatem paternam omiserunt, nec se immiscuerunt, vel non adierunt; aut quod vivo patre legitima vel dote accepta jurejurando renunciaverunt;

verunt; ut tum neque doli, neque in factum exceptione repellantur.

Restat ut objecta diluamus. Et quod ad primum argumentum attinet, vis quidem illius magna est, nec refutari potest, si filius filiave revocationem intendens, non fit patri alienatori heres factus vel facta: at si heres ei factus vel facta sit, secus est, *per d.l.cum à matre.cum ibi notat. C. de rei vindicat. d.l. venditrici.cum ibi notat. C. de rebus alien. non alienand.* & reliqua jura supra recitata.

160 Nam etsi ipso jure contractus † infirmus sit, vel alienatio defuncti nulla fuerit, si tamen succedat is, cuius jus isto contractu vel alienatione lædebatur, ob nullitatis vitium nequit heres revocare, sed ratum id, quod defunctus egit, habere cogitur, *Bald. in d.l. cum à matre per l ex qua persona. ff. de regul jur. Anton. Gabriel. d. conclus.* 11. *num.* 1. 2. *& seqq. Hartman. Pistor. quæst.* 13. *num* 37. 38. 39. 50. 52.

161 61. *lib.* 2. præsertim † si quid accipiendo (ut hoc casu) pater renunciasset, *Tiber. Decian. respons.* 39. *num.* 168. *volum.* 2. cuius factum impugnare filio, eique heredi, prope religiosum videbitur, ob pietatem & reverentiam, quam patri debet, *Hartmannus Pistorius dicta quæstione* 13. *numero* 61. *lib.* 2.

Secundæ rationi dubitandi satisfacit Bartol. *in l. cum vir. circa fin. ff. de usucap. & in l. rem alienam. ad fin. ff. de pignor. act.* & ex Dec. *cons.* 185. *colum.* 4. Anton. Gabriel. *d. lib.* 6. *commun. conclus. tit. de reg. jur. conclus.* 11 *num.* 14. respondetur, quod quidem

162 heres † non cogitur factum defuncti approbare jure actionis, sed jure exceptionis, *per d. l. Seja.* 73. *ff. de evict. l debitor.* § *ult. ff. ad Senatusconf. Trebell. d. l venditrici. C. de reb. alien. non alienan. d. l. sive possessio. d. l. cum à matre. ibi Bald. Salyc. Castrens. & reliqui.* Eadem est ratio Alciati & reliquorum Dd. sententia in locis allegatis. Idem egregie probat *d. l. Seja.* 73. *& ex ea Arius Pinel. d part.* 3. *num* 79. *clarius & in specie nu.* 82. *vers. infertur quinto ad intellectum. & seq.*

163 Alpheni † responsum, quod tertio loco adferebatur, non agit de rebus filiorum à patre alienatis, neque de ea quæstione, utrum heres patris filius factum eius ratum habere teneatur, necne? sed de iis, quæ filii amittunt per deportationem patris, & publicationem bonorum: & statuit ea tantum patris deportationem adimere, quæ filii per eius obitum hereditario jure ab intestato consequi potuissent: quæ vero aliunde ipsis advenissent, non adimere, *d. l.* 3 *ff de interd. & releg.* Sed cum à separatis & diversis non recte fiat illatio, nihil obstat. Deinde etsi huc quadraret, tamen ex aliis locis, veluti *ex d. l. Seja.* 73. *ff. de evict. d. l. venditrici. d. l. cum à matre.* & infinitis aliis interpretandum & declarandum esset hoc responsum, eodem modo, quo paulò antè. Opor-

164 tet enim † secundum plura intelligere pauciora: & ne unus sermo alia multa subvertat, secundum omnia potius, quàm adversos omnia intelligendus erit; inquit Tertullianus contra Praxeam.

165 Eodem moderamine † accipiendum est, quod quartò obiiciebatur, ut *in d. l. si arrogator. ff. de adopt.* annotari solet. Habebit sane quartam ex D. Pii constitutione arrogatus filius; & impuberis bona unà cum illa quarta debent restitui legitimis heredibus absque onere, si intra annos pupillares moriatur: modò moriatur ante arrogatorem; vel ei heres in maiore parte bonorum, quàm legitima, non fiat. At si heres vel in solidum, vel in maiore ei parte fiat, utique factum defuncti arrogatoris ratum & gratum habere obligatus erit, *per dict. l. cum à matre. dict. l. venditrici.* si non jure actionis, saltem vero exceptionis, *Anton. Gabriel. d. conclus.* 11 *num.* 14. Hinc illud axioma: Quem † non honoro, ei non possum 166 legem imponere: at quem honoro, hoc est, qui universali titulo aliquid amplius à me consequitur, quàm quod ob legis necessitatem dare teneor, hunc omnino possum onerare, tam obliquè, quàm directe, tam tacite, quàm expresse, *Bald. & reliqui interpretes in dict. l. si arrogator. ff. de adopt.*

Quinti argumenti infirmitas relucet ex instrumento renunciationis litera B consignato. Aperte enim illi parentes non solum pro se, & de suo jure, sed pro filiis filiabusque suis, eorumque juri renunciant: Derhalben an ihne St. vnd seine Erben zu ewigen Tagen nichts weiter zu fordern/ꝛc. Item/ Sie haben auch alsbald gegenwertig für sich selbst vnd an statt ihrer verstorben Weiber / vnd noch lebenden Kinder / derselben künfftige Erben vnd Erbnehmen / einen gründtlichen/ eigentlichen vnd vnwiderrufflichen Verzieg gethan / auff alle vnd jede W. von S. vnd G. von B. ihres Schwehers vnd Schwieger seligen/ vnd vielgedachter ihrer Kinder erster Ehe/ Ahnherrliche vnd Ahnfräwliche verlassene Haab vnd Güter/ sie seyn ligendt/ fahrendt/ fliessendt/ ersucht/ oder onersucht/ nichts außgenommen/ꝛc. Quæ verba adeo sunt clara & prægnantia, ut nullo modo possint per aliquam quæsito colore fucatam interpretationem restringi, vel mitigari, ac si de solo usufructu renunciationem concepissent. Claris autem † verbis standum est, 167 nec ad coniecturam voluntatis contra verborum proprietatem recurrendum, ubi neque res subiecta, neque alia evidentissima argumenta voluntatem à verbis dissentire ostendunt, *l.* 3 *l.* 7. *ff. de supell. leg l. non aliter. l. ille aut ille* §. 1. *utroque loco Bartol. ff. de legat.* 3. *Bald ad l. contra. ff de leg* 3. *l. proximè. ff. qui & à quibus manum. l semper in stipulationibus. ibi Doctores ff. de regulis juris. Constant Roger. de jur. interpret. part.* 6. *numer.* 6. cum regulariter nemo aliud dixisse, quàm voluit, præsumatur.

De inventarii † confectione, eiusque hac in 168 parte effectu, de quo sexto loco facta est mentio, non inter omnes convenit. Sunt enim, qui contrarium sentiunt, & fortissimis rationibus defendunt, *veluti Fulg. f. Alexand. Iason. in d. l final.* § *in computatione. Cod. de jur. deliber. Wesembec. consilio* 15. *numero* 86. *versic. sed tamen. Andr Tiraqu. ll. dict.* § 1. *gloss* 9. *numer.* 48 *versic. sed & id quoque procedit. Arius Pinel. in d. l.* 1. *part.* 3. *nu.* 81. *vers ampliatur sexto. nu* 82. Nam † inventarium duntaxat 169 hoc præstat, ne heres ultra vires hereditarias teneatur, & quatenus bona hereditaria sufficiunt, actiones confunduntur heredis, ut pro lucro & commodo illo, quod ex hereditate percepit, factum defuncti non minus præstare teneatur, quàm si nullum confecisset inven-

inventarium, ut diserte docuerunt Gl. Bart. Bald. Paul. de Castr. Alex. Jas. & multi alii *in d. l. fin. §. in computatione. C. de jur. delib.* Ex quo illi interpretes eliciunt, ut quamvis alicui alii, & in alia re prosit inventarii confectio, si tamen filius patri successit, qui alienavit eius res adventitias, non prodesse inventarium confectum, quia nihilominus pro modo & pro portione commodi ex hereditate percepti, per exceptionem repellatur: quia ut *ibid.* Alberic. *colum.* 1. ait, heres non debet sentire lucrum cum alterius jactura vel periculo, licet fecerit inventarium, *per d. l. fin. § licentia.* eamque opinionem præter gloss. Bartol. Bald. Fulgos. Alexand. Jas. Wesembec. Arium Pinel. tenet Imol. *ad cap. ex parte. colum. 8. vers. sed adverte. ex. de feud.* Dec. *in l. debitori. 20. C. de pact. & in l. ex qua persona.* & ibid. Cagnol. *ff. de regul jur.* Vasquius *de success. creat. lib. 1. §. 6. num. 46. tit. de testamen. potent.* Phanuc. de Phanuc. *de inventario hered. part. 5. numer. 14. & 46.* Castrens. *cons. 370. incip. quia in suprascripto. num. 2. volum. 2.* Aym. Cravetta *cons. 225. num. 12.* Hartman. Pistor. *lib. 2 quæst. 9 num. 25. & seqq.* tametsi is postea *nu. 28. 29. 30. & multis seqq.* in feudo & hac re defendat communem. Sed utut sit, satis anceps & dubia est hæc Doctorum traditio, ut non facile in ea pedem figere liceat.

170 Deinde etsi ea Dd. de inventarii † confecti utilitate doctrina hac in parte vera esset: omnes tamen cum eam ita restringant, ut procedat, si non possit commodum hereditatis cum re alienata compensari, *Hartm. Pist. d. quæst. 9 num. 37. & seq.* vel filius non sit quicquam habiturus supra legitimam, secundum declarationem Wesemb. *d. cons. 5. num. 86.* facile liquet, eam prodesse non posse iis filiis filiabusque, qui vel in solidum, vel pro parte majore heredes suis patribus essent facti; de quibus in præsenti agimus: atque ita recideret in eandem supra relatam distinctionem.

Septimi argumenti resolutio ex iisdem de-
171 pendet: Non enim † juramentum hoc paternum filios obstringere debet, tanquam filios propter iniquitatem & injustitiam: sed nocet eis, tanquam heredibus, ob id, quod periurii vel iniquitatis & iniustitiæ patrem, à quo non solum vitam, sed & bona nacti sunt, arguere, sit ab officio pietatis & reverentiæ plane alienum, ut Hart. Pist. *d. q. 13. n. 61. lib 2.* dicebat, *per l. 1. l. 2. l. liberto. 9. l. seq. ff. de obs. parent. & patr. præst.*

172 Præterea iniquitatem † & iniustitiam intelligunt Canonistæ (quibus hac in parte statur ob periculum animæ) non quamlibet, sed talem, quæ sit coniuncta cum turpitudine & iniquitate, ut absque detrimento æternæ salutis custodiri iuramentum non possit: quod si servari sine periculo æternæ salutis queat, omnino servandum esse statuunt, *Petr. Peck. post Dyn. & gloss. in c. non est obligatorium. de regul jur. 6. d. c. etsi Christus. c. cum contingat. extr. de jurejuran. d. c. quamvis. de pact. 6. ibi Didac. Covarr. part. 1. §. 2. num. 3. vers. quod ea ratione. ll. §. 3. num. 4. vers quarto hinc constat. Bartol. ad l. unic. ff. de condict. ex leg.* At hoc iuratum renunciationis pactum potest absque detrimento æternæ salutis servari, neque eius observatio aliquid turpitudinis habet.

Ad octavum respondetur: Etsi quidem reatus periurii † est personalis, ne possint filii contra patris, vel cæteri heredes contra antecessoris sui factum iuratum venientes periuri censeri: observatio tamen pacti iuramento confirmati in heredes transit, eosque obligat, & efficaciter à revocando excludit, *Canonistæ in d. cap. veritatis. ibid. Abbas. extra. de jurejurand. Georg. Natta in d. cap. quamvis num. 134. Didac. Covarr. ibid. part. 1. §. 5. numer. 4. de pact. 6. Bald. in l. ultim. C. de pact. & ad l generaliter. C. de reb. cred. & jurejuran. ibid. Iohan. Sichard. num. 11. versic. habet tamen juramentum. per d. Novell. de jurejurand. à morient. præst.* Wesembec. *consil. 15. nu. 90. & cons. 23. num. 55. per l. 2. C. de pact. inter empt.* 173

Quod nonò adducitur, procedit eatenus, ut si † unus liberorum primi matrimonii decedat sine descendentibus, pater iuxta *cap 2. Novell. 118.* succedens unà cum primi matrimonii liberis suis; defuncti germanis fratribus ac sororibus tantum consequatur in virili sua portione usumfructum, non etiam proprietatem, quam ut lucrum nuptiale liberis suis reservare tenetur, *Novell. 22. cap. antepenult.* nisi cum consensu liberorum eorumve tutorum, vel cognatorum proximorum secundas nuptias contraxisset, *ut declaratur à Gail. observat. 98. num. 22. & per tot. lib 2. Anton. Gabriel. commun. conclus. lib. 3. tit. de secund. nups. conclus. 1 per tot. & num. 40. & conclus. 3. num. 36. Paris. consil. 29. num. 81. & seqq. volum. 3.* Cæterum neque legitimum usumfructum, † neque administrationis ius propter secunda vota contracta in bonis filii maternis & adventitiis amittit, *textus est expressus in l. fin. C de bon. matern. l. 3. l. fin. C. de bon. quæ liber. Novell. 22. cap. quoniam omnino.* idemque docent Bald. Corne. Castrens. Arius Pinel. *in dicta l. finali. Cod. de bonis maternis, &c.* ideoque & falsa est ratiocinatio, & male concludit. 174 175

Ad decimam dubitandi rationem respondetur: † imò, quod etiam iuramentum relate præstitum, & per promissionem, an Aydes statt/ vim corporalis iuramenti habeat, per ea quæ Wesembec. *cons. 24. num. 56. cons. 10. num. 24. 25. 26. 27. & cons. 52 num. 19. 20. 22. 27. 28. 29. cons. 14. numer. 15. & 16 volum. 1.* Andr. Gail. *observat. 59.* Anton. Gabriel. *lib. 2. commun. conclus. tit. de jurejurand. conclus. 4.* cum, ut Nicol. de Milis *in repert. verb juramentum. versic Jurare.* ait, iurare censeatur, qui dicit, promitto in fide mea: quod repetit *in verb. fides per cap. ad aures. extr. de his quæ vi metusve caus. c. pervenit. ibi gloss. in verb. quòd promisit. extra. de jurejurand.* Quod licet secus † videatur, quando ad formæ complementum corporale iuramentum requiritur, *Modest. Pistor. cons. 19. 47. volum 2.* cum aliud sit aliquid tale esse, & aliud aliquid tali loco habere, *gloss. in l. mercis. ff. de verborum significat.* tamen quoad obligationem adstringendam in foro conscientiæ efficax est, quoties bonis moribus non adversatur, neque peccatum continet, *secundum eundem Modestin. Pist. d. cons. 19. numer. 47. & seq.* 176 177

Deinde iuramentum † corporale, ut firma sit renunciatio, desideratur duntaxat eo casu, quo secundum ius civile non posset repudiari; *juxta d. cap. quamvis. de pact. in 6.* quia adhuc superstes is, cuius hereditati filia renunciat, *d. cap. quamvis.* ubi 178

ubi vero secundum jus commune potest libere omitti vel repudiari hereditas, quia delata sit, solum sufficit pactum renunciantis, nec opus est juramento, *per d. cap. quamvis. & ibi gloss. & interpretes omnes. de pact. 6. l. qui superstitis. l. is qui heres. 13. l. is potest. 18. & ibi Robert. Marant. ff. de acquirend. heredit. l. 2. l. 3. l. 4. C. de repud. hered. ibi Azo in summa Cod. Menoch. consil. 89. num. 95. Mynsing. consil. 97. numer. 6. 7. 8.* In hac autem facti specie non est à à patribus I. von W. & I. B. von H. renunciatum hereditati futuræ, sed jam filiis filiabusque suis

179 delatæ: † cui ideo etiam nudo pacto potuit renunciari, quia & repudiari potuisset, *d. l. is potest. 19. & ibi Marant. d. l. is qui heres. 13. Castrens. & alii in d. l. qui superstitis. l. si duo. 38. de acquirend. heredit. l. 2. l. 3. l. 4. C. de repud. hered.* & ita in specie respondit Corneus *consil. 236. n. 2. vol. 4. per tot. tit. C. de repud. hered. tit. Cod. si ut se ab hered. abstin. d. l. is potest. 18. ff. de acquir. heredit.* Rol. à Valle *consil. 26. nu. 33. volum. 3.*

Undecimo argumento respondet ipse Bald. *in d. l. cum à matre vers. modo respondendum est. C. de rei*

180 *vindicat.* Etsi quidem † pater posset vivus, tanquam filii administrator, officii sui causa contra proprium venire factum; tamen cum hæc qualitas, hoc officium, unà cum patre extinguatur, nec transeat ad filium heredem, *l. eius bonis. ff. de curat. furios.* nequit etiam filius heres hoc duplici jure post obitum patris uti, *per d. l. eius bonis. l. 1. C. si quis rem minor. ignor. emer.* quia personalia personam non egrediuntur, *l. in omnib. 68. ff. de reg. juris.*

Duodecimi vis nulla est; propter dissimilitu-

181 dinem † patris & liberti, patronii & filii. Nam liberto nulla potestas data est alienandi in præiudicium patroni id, quod ad ius patronatus spectat, propter insigne vinculum, quo pro beneficio accepto obligatus est patrono. Atqui patri aliquo casu data est potestas alienandi: ut in primæ quæstionis resolutione dictum est: ac proinde datum ei est, quod filium heredem gravare possit, tam oblique, quàm directò, ut non minus sit jus patris, quàm matris, *per d. l. cum à matre. & ibi Bald. d. versic. modo respondendum est. versic. item non obstat argum. de patrono.* Proinde obligatio illa liberti non descendit in patronum, ut heredem; hæc vero in filium, ut heredem descendit, *Bald. d. loc.*

Postremum idem est cum primo: ideoque eandem meretur responsionem: & refutat ipse Menoch. *in d. cons. 89. num. 73. & seqq.* ac respon-

182 det, tum demum posse † heredem factum & contractum defuncti nullum revocare & impugnare, si nullitas illa proficiscatur ex alia, quàm heredis & defuncti persona: secus si respectu heredis vel ipsius defuncti sit solummodo nullitas vel iniquitas commissa: nam adhuc heres ei stare tenetur, *Menoch d. consil. 89. num. 75. 76. 78. 79.* & hoc in terminis nostris, si pater legitimus contra legis prohibitionem alienasset, ita juris esse, testatur Menochius *eodem consilio 89. numero 95. & seqq. arg. l. etsi is. C. de præd. minor.*

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Cum ergo, quoad liberos, qui universales patri heredes facti, hæc renunciatio perinde sit, ac si ipsimet nepotes avitæ hereditati renunciassent: superest illa quæstio; cum nulla proles mascula ex W. eiusque filio W. à S. superstes amplius inveniatur, sed sola proneptis supersit, anne redire liceat ad petitionem avitæ & proavitæ hereditatis, ob id quod causa & conditio eius renunciationis nunc cessat?

Quæ quæstio ex ambiguis non est postrema, & valde ardua, præsertim in hoc casu. Nam quocunque te convertas, semper egregia difficultas sese exhibet.

Affirmativam hæc suadere videntur. Quæli-

bet † enim renunciatio etiam jurata, tam ea, quæ 183
facta est ob delatam, quàm futuram hereditatem, hanc clausulam habere intelligitur, rebus ita stantibus, *Georg. Natta in repetit. dict. cap. quamvis. numer. 17. de pact. in 6. per l. final. ubi Dd. ff. qui satisdar. cog. l. final. ff. ad municip. l. final. Cod. de non numerat. pecun. cap. quemadmodum, extra. de jurejurand. Bartol. in l. 1. §. & post operis. de oper. nov. nunciat. Paris. consil. 3. numer. 27. volum. 2. Corn. consil. 80. numero 1. versic. præterea stipulatio. & numer. 2. volum. 4. per l. continuus. §. cum quis in fin. ff. de verborum obligationib. l. quod servus. ibi gloss. ff. de condict. ob causam. l. cum quis. ff. de solut. can. ne quis. 22. quæst. 2. Salycet. ad l. pactum dotal. versic. & alias decision. Cod. de collat. ex quo Paris. d. consil. 3. numer. 28. & seq. volum. 2. & consil. 26. numer. 19. & 20. volum. 3. item Corn. consil. 80. numer. 1. & 2. consil. 291. numer. 8. volum. 4. Cravett. consil. 42. numer. 1. versic. sed contrarium. Cacheran decision. Pedemontan. 98. numer. 11. Andr. Tiraquell. causa cessant. part. 1. numer. 97. & seq. Guido Pap. decis. 192. Boër. decis. 204. & Mich. Graff. lib. 1. commun. conclus. cap. 10 quæst. 2.* inferunt & conclu-

dunt, † quando masculi descendentes, postea de- 184
functo patri vel avo deficiunt, filias vel ex filiabus nepotes favore masculorum renunciantes, non excludi amplius, sed ad intermissam per renunciationem hereditatem paternam vel avitam redire quasi postliminio, *Andr. Gail. obs. 148. num. 10. lib. 2. Cravett. consil. 42. num. 1. versic. sed contrarium.* adeo ut quamvis ex defuncto filio vel fratre, in cuius favorem renunciatio facta est, supersit neptis vel proneptis, admittantur tamen, *Mich. Graffus d. quæst. 2. cap. 10. lib. 1. comm. conclus.* ubi communem testatur.

Ratio est manifesta, quia † ex quo masculi illi 185
mortui sunt, nec amplius superstites, causa renunciationis cessare videtur, *Alexand. consil. 29. num. 9. volum. 3. Paris. d. consil. 3. num. 27. 28. & 29. volum. 2. Graff. d. quæst. 2. Cacheran. d. decision 98. numer. 11 Salycet. in d. l. pactum dotale. C. de pact. Andr. Tiraquell. in tract. de caus. cess. num. 97. & 98.* Cessan-

te † vero causa, cessat effectus, *cap. cum cessante. ex-* 186
tra. de appellat. cap. post translationem. versic. cæterum. extra. de renunciat. l. in omni. ff. de adopt. l. licet. §. ea obligatio. ff. de procurat. l. si duas. §. penult. ff. de excusat. tutor. atque ita etiam renunciatio, *Corn. d. consilio 291. num. 8. volum. 4. Paris. d. consil. 3. num. 27. 28. & 29. volum. 2. Andr. Tiraquell. d. tract. de caus. cessante. part. 1. num. 97. & 98. Graff. d. quæst. 2.* Deficit

enim qualitas † masculina & causa finalis hu- 187
ius renunciationis in nepte vel pronepte, ob quam etiam illius qualitatis & causæ effectus meritò deficere debet, *Michaël Graffus d. quæst. 2. versic.*

versic. unde sublata, nec dici amplius potest res in eodem esse statu, quo prius erat, cum renunciatio perficeretur: tum id temporis masculi à S. exstaret, & exstare deinceps speraretur: quæ spes omnis nunc sublata & remota est.

188 Deinde renunciatio, quæ † favore fratrum & prolis masculinæ fit à sororibus & ex sororibus vel filiabus nepotibus, ea cum conservandæ familiæ causa fiat, hanc conditionem habere creditur, si masculos heredes habeat, & ei supersint: seu quamdiu ei supersint: & ita conditionalem & limitatam ad certum tempus causam habere videtur, qua deficiente, seu non amplius existente, deficiet quoq; conventio ista, nec amplius obstabit, *Paris. d. consi.* 100. *num.* 83. *volu.* 4. *Andr. Gail. obs.* 148. *num.* 10. *lib.* 2. *Corn. d. cons.* 291. *num.* 8. *Mynsing. consi.* 97. *num.* 15. *arg. l. servo alieno*, 115. §. 1. *ff. de legat.* 1. *l. inter socerum*, 26. §. *cum inter patrem*, *ff. de pact. dotal. Bald. in d. l. pactum dotale, C. de pact. Paris. d. cons.* 26. *num.* 19. *volum.* 5. Et illud est quod Mynsing *d. cons.* 97. *num.* 14. ait: quod abstulerat filiabus (& hoc casu nepotibus avi ex filiabus) de earum hereditate concursus masculorum (W. scilicet eiusque filii & nepotis) propter renunciationem (I. à W. & I. B.) vel statutum, idipsum restituere obitum eorum, *authore Bald. in consi.* 426. *part.* 3.

189 Præterea per hanc renunciationem † W. & B. nomine suorum liberorum, tanquam legitimi administratores *iuxta l. fin. C. de bon. quæ lib.* avitã eorum adierunt hereditatem: cum renuncians delatæ hereditati, dicatur eam adire, *author. Rol. à Vall. cons.* 11. *n.* 25. *vol.* 1. *arg. l. ad rem mobilem, l. ad legatum, ff. de procurat. l. avia C. de jur. delib.* ubi, qui cedit iura sibi delatæ hereditatis, eam adire censetur:

190 Aditam † a. hereditatem, quam quis ob certam qualitatem, vel causam limitatã petere impedit, & ab agendo repellitur, postea deficiente ea qualitate & causa, petere non impeditur: ob id, quod eo tempore, quo nunc agere vult non adsit amplius ea qualitas, vel causa, propter q̃ repellẽdus erat, *l. in delictis, § si extraneus, ff. de noxa. act. l. hoc demũ. ff. de oper. liber. Georg. Natta d. repet. c. quamvis nu.* 224. Obstabat a. hactenus mascula proles eius, in cuius favorem & gratiam hæc renunciatio facta erat. Nunc ergo ea deficiente semel aditam & agnitam hereditatem petere licebit à nepte, in qua hæc qualitas excludens deficit.

Hanc a. renunciationem esse non absolute & plenissime, sed favore masculorum factam, ut cõservaretur eorum à S. familia, & ita ex causa limitata, & respectu certæ qualitatis; multis fortasse rationibus ostendi potest.

191 Nam semper in dubio pater † videtur providere, non gravare filios filiasq;, *Rol. à Vall. cons.* 69. *n.* 9. *vol.* 1. Unde pater excludens filias filiarumq; liberos ab universali successione sua, & ad illam vocans masculos, videtur id fecisse in conservationem familiæ & agnationis per masculos, *Paris. cons.* 6. *n.* 9. *vol.* 5. Cum itaq; in præsenti casu patres loco filiorum suorum W. à S. renunciatint, præsumendũ est hoc fecisse W. à S. & masculorũ ex eo descendentium, ne videatur filios suos primi matrimonii plus gravasse, quam adiuvisse.

192 Deinde alias etiam in dubio † intelligitur renunciatio filiarum, sororum & ex sororibus natorum facta in favorem & contemplationem fratris & masculæ sobolis. *Roland. à Valle consi.* 26. *numer.* 34 *volumin.* 3 *Paris. consi.* 3. *numer.* 38. *volumi.* 2. Nam & statuta filias excludentia censentur favore masculorum excludere, ut si & quamdiu supersint, non admittantur fœminæ. *Mynsing. consi.* 97. *n.* 10. & 19 *Corn. cons.* 236. *volu.* 4. & *cõs.* 291. *per tot. vol.* 4.

Tertio hæc renunciatio facta est contemplatione & relatione habita ad pacta dotalia, q̃ W. à S. fecerat cum suis generis: In quibus cavebatur, ut consueto more renunciãt filiæ. Ex quo liquet W. mentem fuisse, ut in favorem sobolis masculæ, ut quamdiu superesset, non haberent regressum filiæ, renunciarent. Quæ ergo pro executione istorum pactorum facta sunt, nõ possunt aliũ habere intellectum, quam ipsa pacta. Sic enim limitata † sententia limitatam habet executionem. *Roland. à Vall. d. cons.* 100. *num.* 82. *vol.* 4. & limitatum pactum limitatam habet confirmationem, nec ultra expressa ostenditur, *l. jubemus, C. de Senatusconsulto Vellejan. l. si de certa. C. de transact.* 193

Accedit consuetudo † generosiorum, ac nobilium familiarum, quæ renunciationes filiarum & sororum introduxit, favore cõservandæ agnationis, *Mynsing. consi.* 32. Quod autem solitum † est fieri & facto subesse, in dubio factum quoq; esse & facto subesse præsumitur: *argum. l. semper in stipulationibus, & ibi Dd. ff. de reg. jur. l. neq; natales, ibi Bald. C. de probat. Wesemb. cons.* 44. *nume.* 64. adeo, ut facto probato, probata credatur solita facti qualitas, quæ frequenter ei accidit. *Wesembecius, d. cons.* 44. *num.* 64. seu ut Bal. *in d. l. neq; natales*, loquitur, probat illud, quod sine illo esse non consuevit. Quod genus † argumenti à cõsuetis & solitis valere ac forte esse testatur post Eberhard. à Middelb. *in loc. legal. à solitis, Wesembec. consi.* 13. *nu.* 71. *arg. l. quod si nolit. §. quia assidua. ff. de adil. edict.* 194 195 196

Concludendum ergo videtur in præsenti casu factam esse renunciationem intuitu & favore masculorum, ac proinde iis cessantibus, sive deficientibus cessare renunciationem, nec eam amplius obstare.

Contra pro parte negativa † longe plura videntur stare fundamenta. Et imprimis pervulgatum illud axioma, filia eiusq; proles semel exclusa perpetuo manet exclusa. *Bart. ad l. fin. num.* 2. *ff. ad SC. Tertyllia. Andr. Gail. obs.* 148. *lib.* 2 non solum à feudi successione, *c. unic. §. quia etiam ibi Dd. Epis. Abbat.* & ob statutum exclusa, *Bartol. in dict. l. fin. Andr. Gail. dict. obs.* 148. *numer.* 4. & deinceps: sed etiam si ob dotem acceptam renunciavit, & excluditur. *Georg. Natt. in repet. dict. cap. quamvis, nu.* 253 & *nu.* 383. *per l. in quib. C. de secund. nupt.* 197

Deinde renuncianti † non datur ulterior regressus ad renunciata, cum ius suum omne, quod habebat, remiserit, *l. quæritur. §. si venditor, ff. de adil. edict. Paris. cons.* 5. *nu.* 55. *vol.* 4 *Rol. à Vall. cons.* 28. *nu.* 41. *cons.* 100. *nu.* 24. *vol.* 4. *Cravet. cons.* 24 *nu.* 4. maxime cum iuramento fuerit vallata renunciatio, *Dd. ad d. auth. Sacramenta puberum. C. si advers. vend. & in d. c. quamvis, Rol. à Vall. d. cons.* 28. *nu.* 41. imo etiam ius futurum remissum hoc ipso intelligetur, *Goz. cons.* 27. *n.* 8. *Rol. à Val. d. cõs.* 28. *n.* 43. *vers. & copbedit, vo.* 4. pr̃sertim si ius illud futurũ & postea superveniẽs habeat depẽdẽtiã de præterito. *Cor. cõs.* 80. *n.* 198

2.volum.4.Bart.in l.quod Servius,num.3.in fi.ff.de cōdict.cauſ.dat.Bal.ad l.pactum dotali,in.13.quaſt. C. de coll. et per l qui Roma,§.duo fratres.ff.de verb.oblig. Arqui hæc hereditas avita quam A.& A.liberi à defuncti N.von S.sorore superstite petere intendunt, dependentiam habet à iure, quod tempore renunciationis erat de præterito, & tum formatum erat, ut de eo probabiliter cogitare potuerint, & debuerint renunciantes.

Cum itaque universaliter & absolute renunciatum sit avitæ illi hereditati tum temporis delatæ, specie quadā iuramenti intercedente; amplius illa peti non potest, ob id, quod non ex novo iure superveniente simpliciter, sed quod de præterito dependet, petatur.

199 Tertio, ubi expresse hoc actum † nō docetur, quod renūciatio debeat esse temporalis, ut quādiu masculi supersunt, fœminæ non admittātur: iis v. deficientibus, per renunciationem exclusæ revertantur ad eandem hereditatem, generalis renūnciatio intelligitur ita facta, ut non solum p masculos heredes, eius, cui renunciatio facta excludantur renunciantes, verū ēt per quoscunq; eius descendentes tam fœminas, q̄ masculos: ita enim ex Alex.*conſ.29.vol.3.*probat Paris.*conſ.69. num.51.vol.3.*nempe, q̄ quando superest persona aliqua de liberis, etiamsi esset fœmina, semper excludendus veniat à successione ille, qui renunciavit. Quod idem Paris.*d.conſ 69.n.55.& conſ.26. nu.38 & ſeq.vol.3.*amplificat, asserens renunciantem, & qui ex renunciante superest, non succedere, existente aliquo descendente ex illo, cui renunciavit, sine sexus discrimine: quod etiā Alex. *d.conſ.29.vol.3.Menoch.conſ.206.nu.42.conſ.359.nu. 9.& 11.conſ.400.n.13.15.&c.*& multi alii ab iis allegati tradiderunt.

Pro qua decisione facit inter alia hæc quoque
200 ratio, quod † videli. quisq; pro se suisque heredibus, & heredis heredibus, sine sexus discrimine, præsertim descendētibus, pacisci videatur iisque pacto & stipulatione acquirere voluisse: donec contrarium doceatur, *l.veteris,& ibi Dd.C.de contr. & comm.ſtipul.Novell.de iuram.à mor.præſtit.Ale conſ. 149.num.5.volum.7.Pariſ conſ.26.nu.31.32.33. volu, 3 per l.continuus,§ fin.ibi Bar.in l.ſtipulationes, 72. in 6 oppoſ ff.eod.*

Quarto attendendum est, hanc renunciationem esse contractam cum W.avunculo W.I.& C.Ideoque probabile est, hunc 𝔚.magis amasse quamlibet posteritatem suam, eique prospicere potius voluisse, quam alienis liberis, & ex corpo-
201 re suo non descendentib. cum † nemo præsumatur alienam sobolem voluisse suæ anteponere, *l. cum acutiſſimi,C.de fideicommiſſ.l.cum avus.ff. de condit.& demonſtr.l.generaliter,§.cū a.C.de Inſtit.& ſubſtit.Alex.conſ.29.n.4.& 5.vol.3.*

Quinto si verba renunciationis singula exacte examinaverimus, apparebit, hanc renunciationē esse pure, simpliciter, in omnem omnino casum factam, & remissum esse omnem regressum ad avitam hereditatem: & pactum esse 𝔚 pro se suis-
202 que heredib. indistincte.† Nam ● iure expeditū est, heredum appellatione venire nōn solum liberos utriusque sexus, sed & alios sanguine proximiores. *l fin C.de ſuis & legit.Nov.118.c.1.2.3. Dec. conſ.223.n.2.Pariſ.conſ.26.nu.34.vol.3.l.liberorum, de verb.ſignif.*

Verba autem renunciationis simpliciter mentionem heredum 𝔚. à S. faciunt: derhalben an jhme S. vnnd seine Erben zu ewigen tagen/ꝛc.

Deinde exceptio † confirmat regulam in con- 203
trarium in casib. non exceptis. *l.nam quod liquide, § fin.ff.de penu.leg.l.quaſitum,§.denique in fi.ibi Bar. ff. de fund.inſtr.legat.c.domus 32 quaſt.7.c.2.extr.de coniug.lepros.Bald.in l.1.§.ſed excipiuntur in fin.ff. de fer. & dilat.l.tribunus.§.fin ff de mil.teſta.Iaſ.ad l.1. C. de verb.ſig.per l Lucius.§.pluri.ff.ad SC.Treb.c.in noſtra, extr.de ſepultur.Feli c.quoniam frequenter.extr. de lit. non conteſt.Dec.in l.1.num.21.22.23 ff.de regu.iur. Eberhard.à Middelb.in loc.leg.9 ab except.ad reg.*

Nunc autem à renunciatione illa universali tātum excipitur ille casus, nisi W. sine herede ex suo corpore descendente decedat, & ut verba sonant: Jedoch vorbehaltlich/ ob es sich durch schickung Gottes zutrüge/ daß 𝔚 von S ohne leibs Erben verstürbe/ daß alß dann / ꝛc. Ergo quo ad cæteros casus universalis perdurat renunciatio.

Sed nec in hoc casu W. † decessit sine herede 204
ex corpore suo nato, dum neptis ex filio, filiave eius superest, *per dict.l.fin.C.de ſuis & legit. Nov.118. cap.1.l.liberorum,ibi Bart.ff.de verbor.ſignif.* Atq; ita conditio illa non extitit, quæ sola in ea renunciatione invenitur excepta.

Proinde non contenti contrahentes his verbis, sed insuper addiderunt, zun ewigen tagen/ nichts weiter zufordern noch zusprechen/ Item einem gründlichen / ewiglichen [illegible] widerrüfflichen verzug/ auff alle vnnd jede/ꝛc. Quæ quid aliud significant, quam vox, perpetuo † & semper? 205
Hoc enim important, quod renunciantiū liberi debeāt semper & in perpetuum exclusi esse ab hereditate avita, eaque transire debeat in omnes W. heredes, sine discrimine, *per l.fi.C.de ſuis & legitim.Bald.in l.voluntas,C.de fideicomm.* Respondit in eandem sententiam Decian. *Reſponſ.50.numer. 18,volum.1.* Si vero iam admitti deberent ad hāc hereditatem, nec excludi per posthumam neptē W. non possent videri perpetuo ac semper, sed potius ad temp ū. exclusi: & ita verba illa essent sine omni operatione posita.

Sed cum ea sæpius sint † geminata, non licet 206
ab eorum proprietate & universali operatione recedere, eō quod ex geminatione ista exuberantior, magis enixa, deliberata & indubitata voluntas cōtrahentium colligitur, quod voluerunt inter descendentes W. omnes conservari bona defunctorum parentum, *Bartol in proœm. digeſt. circa finem prope,* ubi de geminatis verbis *ex l.1.§.fi. ff.quod cuiuſq; univerſ.nom.Alexand.ad l.Baliſta,ff. ad Senatuſconſultum Trebell.Tiber.Decian.dict. Reſp. 50. num.20.volum.1.Menoch.conſi.197.num.64.volu.2. Pariſ.d.conſ.26.n.35.& 36. vol. 3.*

Nec ideo negotiū facessit illud, quod pro † af- 207
firmativa adducebatur. Nam illa omnia ita se habent, si vel statuto, vel renunciatione ad tempus diserte excludantur, & non perpetuo, ut ex Mynsing.*d.conſ.97.Pariſ.dict. conſ. 5. Alexand.d. conſ.29. Andr.Gail.d obſ.148.Mich.Graſſ dict quaſt.2.cap. 10. lib.1.Cravett.dict.conſi.42.Corn d.conſ.291.* & reliquis allegatis locis manifestum est: aut hoc tacite vel expresse actum, ut favore masculorum exclusę, iis postea deficientibus habeāt regressum per eadem iura.

Nun c

Nunc autem secundum tenorem instrumenti renunciationis ista omnia in partem contrariã eunt, & probant, imo, quod semper in omnem æternitatem ab his bonis debeant esse exclusi & exclusæ, nec unquam admitti, quam si sine herede ex suo corpore descendente decedat W. à S.
108 instrumentum † enim est probatio probata, *lucum precib. C. de proba. Angel. ad l. interest, in ult. not ab. C. de solut. Roland. à Vall. cons. 39. nu. 5. & 6. vol. 1. cons. 40. nu. 8. vol. 2.* Veritatemq; reddit apparentem adeo ut non egeat ulteriore discussione, *Bal. ad l. imperator, col. 2. ff. de stat. hom. Paris. cons. 54. n. 3. 4. 5. vol. 1. & cons. 70. num. 24. volum. 4. Rol. à Val. d. cons. 40. n. 9. 10. 11. 12. vol. 2.*

Quo illiduntur, quæ videbantur probare hãc renunciationem non esse in perpetuum factam, sed ad tẽpus & sub cõditione, si & quamdiu soboles mascula superesset: Præsumptionem enim il-
109 lam omnem † excludit & destruit aperta illa probatio, quæ per prædictum instrumentum renũciationis introducitur. In claris enim & manifestis non est locus coniecturis: sed verbis statur, et durioribus, *l. prospexit, ff. qui & à quib. manum. l. non aliter. l. ille aut ille §. 1. ibi Dd ff. de legat 3. l. si non convitij C. de injur. l. omne verbum, ubi Dd. C. comm. de legat. l. 3. l. 7. ff. de supel. legat.*
110 Est præterea † consuetudo facti, ideoq; probanda, *l. de quib. l. cum de consuetudine, 34. ibi Bar. Bal. Ias. Castal. & alij ff. de legib.*

Quid ergo? Nisi docere possint actores, plus actum, minus scriptum, & aperte probare, non fuisse mentem renunciantiũ nec W. à S. ut semper & perpetuo per quoslibet descendentes heredes W. manerent exclusi, sed ad tẽpus, & quãdiu superessent masculi: de victoria ex hoc capite desperandum eis erit.

Neq; vero illa clausula jedoch verbehaltlich / ob es sich durch schickung Gottes zutrüge / daß W. võ S. ohne leibs erben verstürbe / daß alß dan W. vnd B. kinder auß erster ehe vñ seinẽ W. geschwisteren gebohren / jhr gebürlicher anfall ohnbenommẽ seyn soll. hoc importat, quod deficiente sobole mascula, fœminæ proli soli existenti possint hãc avitam hereditatem avocare: quemadmodũ Dn. Doctor K. intellexisse videtur. Sed hoc potius illa clausula vult, quod per hanc renunciationem non debeãt excludi à successione collaterali, nec ab hereditate avunculi sui, etiamsi multa essent bona avita in ea futura. Hoc primũ evincit contextus & ordo sermonis. Deinde, da W von S.
111 ohne leibs erben verstürbe / &c. Leibs erben † non solum sunt masculi sed et fœmellæ: petæque n. ut masculi, è corpore nostro nascuntur. *l. maximum vitium, C. de libe prater Nov. 118. c. 1. l. fin C. de suis & legit. Wesem. cons. 51. n. 14. vers. & consequenter. volu. 2.* Tertio facit verbum jhr gebürlicher anfall / nõ autem, jhr anvätterlich vnd anfräwlich gutt / h. e. avita hereditas, ut ante dixerã, & postea repetiit: sed gebürlich anfall h. e. legitimæ hereditates sive successiones, non quæ nunc sunt, sed quæ sperãtur ex casu futuro debito modo successionem ab intestato deferẽte. Quarto urget idẽ vers. vnd in gleichem fall gegen jhnen auch W. von S. vnd seinen Erben geschehen soll / &c. qui versus statim sequitur, & præcedentem casum convertit, ut vicissim W. eiusq; heredes succedãt W. I. & G. si ii sine heredibus ex corpore suo natis decedant.

QVARTÆ QVÆSTIONIS RESOLUTIO.

Cæterum cum anno 1545. fuisset W. à S. & G. B. hereditas inter A. & A. liberos & W. dividenda † in tres equales partes deductis bonis 212
feudalibus, ut quæ in hereditate non fuissent: si constaret illos à singulis acceptos 150. gulden / nõ exæquasse dimidiam trientis partem procul dubio ob hanc enormissimã læsionem locus fuissent rescissioni, *beneficio l. 2. C. de rescind. vend.* ita in terminis decidit Matthæus de Afflict. *dec. 322. n. 10.* consuluit Corne. *cons. 11. n. 5. vol. 3. & cons. 214. nu. 1. vol. 3. Wesemb. cons. 74 n. 57. Mynsing obs. 59 cen. 5 Tib. Dec. cons. 32. n. 32 vol. 2. & do uit Georg. Natta in d c. quamvis de pact. in 6. n. 46. & seqq post Dec. ad l. pactum. nu. 7. fall. 3 C. de collat. Iohan. Dilect. de arte testand. tit. 11. caute. 19. n. 4. Anto. Gabr. 3. commu. conclu. tit. de jure dot. conclu. 1. n. 7. Zas. ad l. stipulatio hoc modo n. 19 fall. 5. de verb. obl.*

Nunquam enim † intelligitur huic beneficio, etiam iureiurãdo renunciatum, tametsi dicatur omnibus iuris beneficiis renunciari. *Roland. à Vall consi. 7. num. 51. 52 53. volum. 2. Natta d. nu. 46. & seqq. Didac. Covarr. var. resol. lib. 2. cap. 4. num. 1. & 5. Arius Pinell. ad l. 2. par 3 cap. 1. num. 7. C. de rescind. vend. Marian. Socin. junior cons. 47. num. 11. volum. 4. Iohann. Cephal. consil. 34. num. 18. & seq. consi. 62. nu. 14. & seqq num. 32 & seqq cons. 137. num 60. & seq. cons. 405. consi. 467. numer. 54 & seqq. Tiber. Decian. Resp. 6. numer. 78. volum. 1. Menoch. consil. 1. nu. 495.* Sic qui renunciat reductioni ad arbitrium boni viri, non obstante renunciatione potest reductionem petere ob enormissimam læsionem, *Rol à Vall. consil. 59 num. 26. & 27. volum. 1.* Imo in omni renunciatione intelligitur, *d l. 2. C. de rescin. vend.* excepta. *Wesemb. consi. 42. num. 72. volu. 1. Didac. Covarr. d. cap 4 num. 1. & 5. & per tot. libr. 2. var. resolut. Corne. d. cons 11 num. 5. volum 3 dict consi. 214. volum 3. Natta. d. num 46 & seq Mandell. consi. 66. num. 4. volum. 1. Menoch dict. consi. 1 numer. 495.* 213

Nec obstat quod alias dicitur † in divisionibus non esse locum rescissioni ob læsionem: quia possit per ipsum iudicium bonæ fidei emendari, si non intercedat ætatis auxilium, *l. fin. ff. fami. hercisc. Azo in summ. Cod. eod. l. major. C. comm. utr. jud.* Nam beneficium *dict. l. 2* est recentius, quam ut possit per illos textus videri excludi, deinde intelliguntur de enormi non magna, læsione, quæ scilicet dimidium iusti minime aut non multum egreditur, secundum declarationem secus si sit enormissima: *Arii Pinel. in dict. l. 2. part. 1. cap. 1 n. 35. 36. 37. & seqq post Afflict. d. de. is. 322. nume. 11 Georg. Natta num. 8 75 & in addit nu. 135. Did. Covarr. ad c. quamvis d pact. 3. relect. §. 4. num. 3. usque ad numer. 9.* 214

Deinde sine quidem legitimam consecuti essent integram, adhuc † agere liceret ad supplementum eius, nec posset videri huic renunciatum esse, ubi id in specie factum non docetur, *Iason in l. si quando. § & generaliter. C. de inoff testam. & in leg. sed etsi quis, §. quæsitum in fin. ff. si quis caution. jud sisten. Ludovic. Roman. in leg. qui superstitis, in 7. limitat. ff. de acquiren. heredit. Tiber. Decia. Resp.* 215

resp.39.num.63.volum.2.& resp.6.num.7.volum.1. Dec.in d.l.pactum,num.17.vers.ad hoc facit alia limitatio,C.de collat.& in c.in præsentia,nu.36.ext.de probat.Paris consi.12.num.80.volum.1.Cravett.consi.192. Mich.Graß.li.1.com.opin.cap.10.quæst.3. Imo nisi legitima sit integra renunciatio, secundum Mynsing.*consi.33.num.5.* non tenet.

216 Sed opus est,ut exacte doceatur patrimonii quantitas† & æstimatio,quæ fuit tempore delatæ hereditatis per mortem W.& G. *Bald. Novell. in tract.de dot.part.6.princip.privil.17.nu.4. Tib. Decia.d.resp.6.n.8.& 36.vol.1.Didac.Covarr.lib.2.vari.resol.cap.3.*& subsecutæ renunciationis, *Ar. Pinell.*

217 *in d.l.2.part.3.cap.4.n.15.& 16.* Verum ita,ut† precium statuatur non ex affectu,sed communi hominum consuetudine & æstimatione. *Didac. Covarr.d.cap.3.nu.4.lib.2.Var.resol.* Atq; hæc difficultatem non habent. Omnis autem difficultas ratione præscriptionis hic superesse videtur.

QVINTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

218 DE præscriptione ergo ita statuendum est: ut si quo casu possit agi petitione † hereditatis secundum præmissas distinctiones,aut ex *l.2.C.de rescind.vend.* vel ad supplementum legitimæ, non alia obstare possit agentibus, quam triginta annorum. Sunt enim illa remedia omnia iuris civilis,ideoq; perpetua,hoc est, 30.annorum, *per ea, quæ traduntur in l.2.l.3.l.4.& tot.ti.C.de præscrip.30. vel 40.annor.§.1.& 2.ibi Dd.& præcipue wesembec. Instit.de perpet.& tempor.act.* Et certe de petitione hereditatis diserte illud cautum est *in l. hereditatis,ibi Salyc.Bald.Castrens.C.de petit.hered.Gail.obser. 120.n.16.li.2.*

Et de beneficio *l.2.C.de rescind.vend.* quod triginta annos duret, tradiderunt Bart. Bald. Salyc. Arius Pinel.*part.2 cap.1.num.26.ad dict.l.2.C.de rescind.vendit.Balb de præscript.4.part.princip.quæstio. 26.*

Et idem de petitione supplementi, responderunt Dd.communiter teste Gail.*d.obs.120.num. 7.& 8.lib.2.per l.2.& ibi gl.in verb.triginta,C.de const.pec.l.sicut,C.de præscr.30.vel 40.ann.* In qua etiã *obs.120.num.17.* multis approbat hanc supplementi petitionem in suos heredes transmitti,etiam non præparatam.

219 Incœpit† autem hoc tempus circa *d.l.2.* & petitionem supplementi & hereditatis currere à die renunciationis:verum ita,ut iuxta *l.fin.C.in quib.caus.restit.in integ.& l.sicut,C.de præscrip.30.vel 40.annor.* deducantur anni pupillares, *secundum Bald ad cap.1.§.porro qual.olim pot.feud.alie. Mynsin. consi.11.num.26.in fi.23.& 28.* Imo præscriptio, ne quidem longissimi temporis adversus, minores, incipit:sed suspenditur currere, donec vigesimũ quintum ætatis annum compleverũt.*l.3.C.quib. non obst.long.temp.præscrip.d.l.sicut.& ibi Dd.post glos. Mynsing.consi.33.n.10.in fin.11.& 12.*

Itaq; cum in hac facti specie ex renunciatione ista debuit incipere præscriptio horum beneficiorum adversus pupillos & minores, utiq; totũ minorennitatis tempus subducendum est, & ex integro ætatis initio sumendum erit principium computationis,usque ad diem inchoatæ litis, sive emissæ & reproductæ citationis, ut inde constet,utrum completa fuerit præscriptio,nec ne?

Hoc vero amplius† circa beneficium revocãdæ renunciationis sive alienationis contra prohibitionem iuris *in l.1.& 2.C.de bon.matern.& l. 4.C.de bon.quæ lib.* factæ: observandum est: ut quamvis W.I.& C.adhuc in potestate patria existentes maiores 25.annis fuissent facti,non tamen ex eo die incœpisset præscriptio currere,sed demum ex eo tempore, quo vel per emancipationem,vel mortem suorum patrum sui iuris fuissent effecti *per auth.nisi triennali.ibi Bart.Bal.Castrens.Saly Cyn.Arius Pinell.& reliqui omnes,C.de bon. matern.* 220

Ubi præterea hoc quoque traditur,ut,cum alias specialis† in rem actio tantum duret decem inter præsentes,viginti annos inter absentes,*l.si. C.de long.temp.præscript.* in hoc tamen casu,quo filius rem maternam,vel quam aliam adventitiam à patre administratore legitimo alienatam revocat,triginta annos duret integros,ex eo tempore,quo non obstante amplius potestate patria agere potuit,computando,*d.auth.nisi triennali,ibi Dd.omnes,C.de bon.matern.* 221

Dixi, computationem continuandam usque ad diem emissæ & reproductæ† citationis, ut ostenderem,nisi ante illud tempus completa fuisset præscriptio,eam tum per citationem & libelli oblationem esse interruptam, nec pendente lite amplius potuisse compleri,*l.1.l.2.l.antepenultim.C.de long.temp.præscript.l.2.l.fin.C.de annal.except.Bart.ad l.naturaliter,in fin.ff.de usucap.l.3.l.notissimi,Cod.de præscr.30.vel 40.annor.§.ultra, Novell. 119 VVesembec.in parat.de usucap.num.15.usq; ad fin.* Quando autem & quo anno ac die citatio emissa ac reproducta sit,vel libellus oblatus, non constat mihi ex his,quæ transmissa sunt:ut ideo nihil certi hac de re possim statuere. 222

SEXTÆ ET ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

REstat sexta & postrema quæstio: utrum admitti debeant W I.& D.ad retractum arcis H.Ad quam respondeo:si VV.& I.in pari gradu erant tempore venditionis cum viduæ retrahẽtis filiis,obtulerũtq; intra debitum tẽpus preciũ ꝑ rata portione,omnino eos admittẽdos: sed & D.audiendum,modo pater illius C.adhuc superstes tempore venditionis retrahendi quæstionẽ offerendo,vel protestando præparavit,& ita effecit,ut ius illud in filium transmitteret. Si vero iam decessisset,aut non agnovisset ius retractus: quia nihil eius iuris in filium D.trãsmisisset,neq; ipse D.tempore venditionis in pari cum VV.& I.gradu consisteret,procul dubio frustra experiretur.

Omnes enim qui sunt† eiusdem sanguinis ab eodem stipite primo acquirente vel possidente descendentes,sive germani sint,sive consanguinei tantum vel cognati,aut uterini in pari gradu constituti pariter admittuntur in ratas portiones. *Andr.Tiraquell.de retract.lignag.§.11.gloss.1.n.1. 2.3.4.5.&c.Et gl.10.§.3.& §.14.gl.2.n.11.& 14.Mat. de Afflict.in §.tota hæc lex.n.43.& seqq.ad constit.de iu. prothomis.Frider.t.c.* 223

Proximior autem† gradus remotiorem excludit et in linea descendente,cũ proximitas non ad 224

per-

personæ qualitatem, sed ad gradum in hoc iure referatur per l. 1 ff. unde cogn. l. proximus, ff. de verbor. signific. Andr. Tiraq. d. §. 11 gl. 1. nu. 1. 2. 3. 4. & seqq. & quatenus videtur quasi ad personæ qualitatem referri, hoc tamen intelligitur saltê quo ad qualitatem attinentiæ, non etiam quo ad ius repræ-
125 sentationis, & transmissionis. Cessat † n. in retractu proximorũ consanguineorum omne ius repræsentationis, atq; ita êt trãsmissionis, nisi iuris formati, & iam acquisiti per oblationem, preterquam, ubi speciali statuto, vel consuetudine ius repsentationis & transmissionis hac êt in parte alibi fuisset introductum, ut idem Andr. Tiraq. d. §. 11 gl. 9. n. 1. 2. 3. &c. Probat.
126 Cui suffragatur, quod illud ius competit † cognatis & consanguineis iure municipali vel constituto, vel moribus introducto, cum alioqui iure communi non admodum adprobetur & odiosum credatur, l. dudum C de contrah. emp.
127 Sed & eiusmodi ius municipale Dd. † communi calculo referunt ad ius prætorium, eiusq; partem esse statuunt, vel certe ei omnino comparandum, Andr. Tiraq. d. §. 11 gl. 9. num. 3. Prætor autem successorio edicto vocat proximum quêque gradum, nec repræsentationis ius agnoscit, quatenus mero iure prætorio vocat, l. 1 ff. de succ. edict. l. 1. ff. unde cogn.

Proinde hi cognati & consanguinei vocantur
128 a † lege municipali vel consuetudine sub nomine collectivo, sive universali. Vocati autem sub nomine collectivo vel universali veniunt ordine successorio, h. e. ita ut proximior gradus semper remotiorem excludat, l. cum pater, §. hereditatem. ff. de legat. 2. Andr. Tiraq. in tract. le mort saisit le vif. part. 2. decl. 11. num. 6. per l. fin. verb. gradatim ibi gl. C. de verb. signif. Bald. cons. 88. incip. casus ta'is est, lib. 3. Andr. Tiraquel. de primogen. q. 40. num. 188. etiam in linea descendenti. Tiraqu. de primog. d. q. 40. numer. 159. & 160 per l. si libertus prateriro. § si libertus. ff de bon. libert. l. jubemus in princ. §. ult. C. ad SC. Trebell. ibi Bald.

Atq; hec copiis ad me transmissis, itemq; iuri & æquitati consentanea esse censeo ego Johannes Gœddæus J. U. D. & Professor in Academia Marpurg. salvo tamen cujusq; rectius sentientis judicio Perscriptum Marpurgi 1. Kalend. Febr. An. M. D. X C V.

CONSILIUM XXVIII.

D. JOANNIS GOEDDEI, U. J. D. & Professoris in Academia Marpurgensi,

Quod est

De rerũ oppignoratione, earumq; reluitione & præscriptione.

SUMMARIA.

1 De jure respondentis idem quod judicis est officium ut omnia rimetur & discutiat.
2 Consilium decisivum æquiparatur rei judicatæ.
3 Instrumenta ab ordinariis officij causa consignata publica censentur.
4 Nolunt multi publica sigilla appensa quidquã probare sine subscriptione sed frustra.
5 Quia testes sunt muti.
6 Sigillum vim subscriptionis habet & n. 13.
7 Sigillum judicis uti Capituli publicum dicitur.
8 Publicum instrumentum quid secundum Hostiensem & alios.
9 Sigilla nobilium & Doctorum non sunt publica.
10 Non satis est Notarium scripsisse vel subscripsisse, nisi ejus causa id fecerit, ut publicum sit instrumentum.
11 Erit in publicam formam à Notario redactum.
12 Scriptura plurium subscriptiones habens privata est.
13 Tametsi effectu par sit instrumento publico.
14 Authoritas Symanni Gravetta quo ad hanc quæstionem: & responsum Ingolstadianum.
15 Duo sigillorum genera & quæ authentica.
16 Antiqua nihil probant, nisi recognita, vel per comparationẽ aliisve adminiculis fulsulta, præsertim privata.
17 Ignota sigilla fidem non faciunt.
18 Privata scriptura, à multis licet subscripta vel cõsignata nihil probat, ex quorundam sententia.
19 Imo contra. probare à testib. subscriptam vel consignatam ostenditur.
20 Vires habere privatam à testibus subscriptam, dũ testes vivunt, non etiam iis mortuis: quod Hostiẽsis declarat & refutat.
21 Goffredus nec alij attribuũt subscriptis vim publici instrumenti.
22 Ubi est sigillum non requiritur alia probatio, vel comparatio.
23 Scriptura subscripta vel consignata à plurib. testib. & scribente quanta sit vis & potestas.
24 Publicum est, quod palam factum: palam quod coram pluribus.
25 Publicum dicitur à populo, & quid differentiæ inter publice factum & palam factum.
26 Publicum etiam dicitur, quod fit multis præsentibus.
27 Quinam dicunt omnem scripturam esse publicam, cui de jure, vel consuetudine speciali fides habetur.
28 Scriptura privata multis sigillis munita licet non subscripta plene probat, si adsint enumerata requisita.
29 Caroli Molinei sententia quæ.
30 Sigillũ per se nihil probare, quomodo intelligẽdũ.
31 Menochius declaratur, quomodo verum sit, sigillum fidem non facere, sed præsumptionem.
32 Heres heredis etiam per multas successiones primi defuncti heres est, ejusq; factum ratum habebit.
33 Non est quis melioris conditionis quam auctor ejus.
34 Instrumentum etiam inter tertios fidem facit. Fides sigillorum depẽdet ab authoritate sigillãtiũ.
35 An publicum sigillum solum sit authenticum?
36 Authenticum quid significet.
37 Sigillum adversus sigillantem ejusq; heredem plene probat.
38 Ignota sigilla fidem non faciunt.
39 Probatis sigillis probata intelligitur veritas.
40 Necesse est ut sigilla reddantur indubitata, & ejus eorum fuerunt quorum fuisse dicuntur.
41 Redduntur certa comparatione.
42 Dictum Speculatoris quo moderamine accipiendum.
43 Si comparari non possunt, præsumptionem antiquam & in antiquis faciunt.
44 Instrumentum plus de eodem actu continens præfertur, illi quod minus continet.

45 Ubi

45 Vbi una scriptura potest reduci ad aliam statur minori summa: ubi hac reductio fieri non potest, statur pleniori.
46 Amplieri, veluti digniori standum est.
47 Dignius est expressum tacito.
48 Quodlibet instrumentum præsumitur licitum & pse optimum, neq; falsum, neq; fœnoris aut simulationis.
49 Fama bona, honesta vita, conditio laudabilis, dignitas & qualitates graves, tollunt in dubio omnē simulationis ac falsitatis maculam.
50 Instrumenta duo eodem die de eadem re facta si non ab eodem producuntur, utriq; standum est in his, quæ sunt compatibilia.
51 Alter contractus alteri inesse creditur.
52 Non præsumitur voluisse se contrahentes in continēti corrigere.
53 In continenti quomodo & quando quid fieri dicitur.
54 Si idem actus ab ijsdem bis fiat, ultimus non tenet, & ex primo agendum est.
55 Principale est ante accessorium.
56 Pertinet ad contractus substantiam, quod pertinet ad rem in eum deductam.
57 Non videtur olim insolitum pactum fuisse, mit selbnem Properem eigehem Gelde.
58 Ad validitatem & acquisitionem contractus inspiciendum est initium contractus.
59 Adjectivum qualificat subjectum, cui apponitur.
60 Pars rea videtur hic absolvenda.
61 Exorbitantia, sunt restringenda neq; præsumenda.
62 Pactum illud mit jhrem Properem eigenem gelde est exorbitans, adimens libertatem redimendi pignoris.
63 Contrarietas facit, ut fortiter non probetur, quod amplius in altero est.
64 Compassibilitas inter hæc instrumenta & quomodo propterea unum ex altero supplendum.
65 Instrumentum ut probat contra scribentem, ita & plene contra ejus heredes ac heredum heredes.
66 Non autem in præjudicium tertij, nisi is à scribente causam habeat.
67 Duo vincula fortius ligant, quam unum.
68 Instrumento, quod plura habet adminicula plus creditur.
69 Non creditur referenti, nisi constet de relato, nisi referens plenam habeat dispositionem & expresse relatum habeat ac plene referat, maxime in antiquis.
70 Instrumentum instrumentis reprobatur.
71 Instrumento posteriori standū est plenam enunciationem habente, aut quærenda est commoda interpretatio qua utrumq; sustineatur.
72 Pluralitas actuum vel contractuum non præsumitur.
73 Nisi appareat actus sub duplici forma factus.
74 Pactum hoc, mit jhrem Proper eigenem gelde, potest accipi de pecunia, cujus dominium per numerationem transferri non potest, ut est pecunia furiosi, prodigi pupilli, &c.
75 Verisimilis probatio est præferenda.
76 Vt testes cōcordentur, potius pluralitas actuum est interpretanda, quam contrarietas.
77 Per distinctionem temporum & locorum in actu iterabili solvuntur probationes.
78 Ratio conciliationis servanda circa testium dicta servabitur etiam circa instrumenta à diversis producta.
79 Actus sequēs tollit priorem sibi contrarium, & præcedentem protestationem.
80 Pacta novissima derogant prioribus.
81 Resolutio pacti & contractus fit per mutuam quandam pœnitentiam & propter incompassibilitatem à priore per posterius recessum esse intelligitur.
82 Pro eo facienda est interpretatio, qui certat de damno vitando.
83 Contractus ita in dubio interpretandus, ut minus onerosus sit debitori, minusq; noceat.
84 Facultas reluendi ne quidem in venditione cum pacto de retrovendendo restringi, vel coarctari debet.
85 Libertas sese liberandi ab initio debitori vel pignus obliganti ablata, facit contractum usuratium & illicitum.
86 Antichresis jure Canonicè, ad conscientiam pertinente est illicita: atq; hoc jus in utroq; foro sequimur.
87 Nemo delinquere & usurariam pravitatem contrahere velle præsumitur.
88 Minor summa majori inest, ideoq; non utraq; sed minor tantum debetur, si binæ tabulæ testamenti ejusdem adferantur in quarum alteris centum, in alteris tantum quinquaginta legati erant aurei.
89 Instrumentum quod continet plus, trahitur ad illud quod continet minus, præsumiturq; error in pluri non in pauciori.
90 Correspectivi contractus se mutuo respiciunt.
91 Geminata & biduo post repetita scriptura magis deliberatam voluntatem arguit.
92 Declaratur Corne. consi. 245. numer. 17. volumin. 1. & Boër. decis. 252. numer. undecimo. idem nume. 94.
93 Non quod plus est, sed quod minus sequimur in dubio.
94 Standum scripturæ pleniori, si neq; p interpretationē commodam, neq; per distinctionem temporu & locorum possint in concordiam reduci, cum una nitatur melioribus adminiculis.
95 Dignius est geminatum, melioribus adminiculis adjutum, quodq; perfectius neq; usurarium.
96 Contraria sunt, quæ sibi ratione ejusdem subjecti & finis repugnant quæq; mutuo se expellunt.
97 Vltimæ scripturæ standum.
98 In apertis & claris cessant conjecturæ.
99 Ad evitandam contrarietatem & absurdum vel pravum semper debet interpretatio fieri etiā impropriando verba & admittēdo correctionem vel sequemur conjecturam magis verosimilem, ut evitemus usurarum pravitatem.
100 Præsumptio à facto sumpta potentior est illa, quæ sumitur à non facto: & fortior præsumptio præfertur debiliori, ut fortior probatio.
101 Quando hoc verum sit, eundem contractum ab eisdem factum, posteriorem non tenere, scilic. si non sit plus in secundo quam est in primo ratione substantiæ.
102 Pactum de propria pecunia utenda in reluendo pignore, quæ mutuo non sit accepta, consuetudine non approbatur propter usurariam pravitatem.
103 Non est hic contractus adjectivus, qui possit qualificare subjectivum.
104 Probationes hic non sunt æquales & Antichresis est odiosa: & si à diversis producātur æquales scripturæ, reum esse absolvendum multis modis fallit.

105 Reus

105 *Reus excipiendo fit actor: & exceptio, ubi est fundamentum intentionis plene probari debet: alioquin excipiens est secundum actoris petita damnandus.*

106 *A claris verbis non est recedendum nec ultra de mente quaerendum, adeo ut nec ex statuto vel cōsuetudine aut natura negotij alia interpretatio admitti debeat.*

107 *Nimium in claris subtilizare est pernitiose errare.*

108 *Determinata pacto lege, vel conventione non sunt amplius determinanda.*

109 *Quis sit censendus* helder dieses briefs/ꝛc.

110 *Detinere quid sit.*

111 *Qualibet actio & quodlibet jus cedi potest, ēt in potentia consistens, modo non fiat potentiori, vel simulate, neq; de re litigiosa.*

112 *Quicquid est transmißibile, est etiam cedibile: Et utrum haec regula negative tantum concipienda fuisset, affirmative vero concepta falsa sit?*

113 *Pro ignorante & invito solvens debitorem & pignora ejus liberat.*

114 *Propria pecunia est accipienda, cujus dominium per numerationem debitor in creditorem transferre potest: aliena vero si hoc non potest.*

115 *Melior probatio praefertur debiliori.*

116 *Particula taxativa excludit omnem extraneam personam.*

117 *Quando duo eodem pacto copulative requiruntur utriusq; concursus requiritur.*

118 *Pactum in continenti factum inest maxime bonae fidei contractui.*

119 *Qualitas adjecta ostendit, quid veniat in dispositionem.*

120 *Iura non patiuntur ullum verbum otiose poni in contractu.*

121 *Vox* wann nur *&* also/*vim particulae si, habent & conditionem faciunt.*

122 *Conditio in specifica forma debet impleri.*

123 *Modus est moderatio conventioni adjecta & quo ad effectum in vim conditionis resolvitur.*

124 *Ex sententia Zasij 2. singular. respons. 19. videtur statuendum ius reluendi cedi alij non posse.*

125 *Privilegia personalia personam non egrediuntur.*

126 *Cessio concessa est, ubi in specie non reperitur prohibita, nec causa finalis contractus obstat.*

127 *Pacta sunt stricti juris, ut & instrumenta desuper facta, nec extenduntur ultra expressa.*

128 *Contractus non admittunt interpretationem ampliativam.*

129 *Tantum probat, quantum loquitur instrumentū.*

130 *Quod quis per alium facit, ipse fecisse videtur: cum sit prima causa, quae ad agendum impellit.*

131 *Cedendo constituitur cessionarius procurator in rē suam.*

132 *Est hujusmodi cessio instar emptionis vēditionis.*

133 *Venditio actionis illius hac pactione non continetur ut per eam impediatur.*

134 *Interpretatio contractus ita debet fieri, ut pars altera maneat indecepta & extra damnum, neq; reprehensionem sapientum incurrat, sed fraus excludatur.*

135 *Personarum non causa beneficium est, quod personis tribuitur, vel communiter cum qualitatu adjectione: nec illud extenditur ultra illarum personarum favorem.*

136 *Pactum coarctans potestatem reluendi usurarium in pignore est & odiosum.*

137 *Odiosa sunt restringenda, favores ampliandi.*

138 *Interpretatio, quae eximit hoc pactum de propria pecunia ab usurarum pravitate.*

139 *Facultatis juridicae Lipsensis responsum ad hāc causam accommodatur, & ostenditur cedi posse jus reluendi non obstante pacto, de propria pecunia, &c. item ad proprium suum usum.*

140 *Examinatur & declaratur locus Zasij, 2. respons. 19.*

141 *Potest debitor ab alio mutuum accipere & pignus suum luere, vel jus suum alij cedere, vel vendere.*

142 *Pacta intelliguntur rebus ita stantibus.*

143 *Interest an copula connectat ordinem sermonis an vero res.*

144 *Est jus luitionis ex partium conventione transmißibile: ideo etiam cedibile.*

145 *Standum est regulae ubi de exceptione non apparet.*

146 *Ius personale cedi potest, nisi mere personale sit.*

147 *Pactum usurarium, uti quodvis aliud illicitum & legibus, vel sacris canonibus contrarium, servandum non est.*

148 *Idem verum est, si status & causa pacti conventi mutata sit.*

149 *Bona fide nemo urgeri potest, servare pacta, si hoc ipso laedatur.*

150 *Pacta sunt stricti juris, neq; plus probant, quam exprimunt: adde n. 162.*

151 *Modus adiectus executioni, non afficit ipsam liberationem, nisi simul causa finalis, seu proxima cōventionis sit.*

152 *Modus facultatem luendi pignoris diminuens affectam creditorum mentem cupiditate usurarū arguit, & illicitus est.*

153 *Explicatur c. salubriter, extr. de usur. & quando ejus ratio cesset ostenditur.*

154 *Modo conventioni adjecto standum est, dum idem status rei maneat.*

155 *Diversa ratio diversum jus requirit.*

156 *Mutuum dictum est ex eo, quod de meo tuum fiat.*

157 *Mutuum definitur.*

158 *Mutuum non potest contrahi, nisi dominium rei transferatur.*

159 *Non interest creditoris, unde pecunia quae in mutuo numeratur originem habeat, modo ipse per adnumerationem dominus fiat.*

160 *Adversus eum interpretatio facienda est, qui se in obscuro fundat.*

161 *In interpretatione contractus à tenore & verbis ejus non est recedendum.*

163 *In dubio illa interpretatio capienda, quae delictum amovet.*

164 *Interpretatio, qua luitio pignoris impeditur, delictum usurarim introducit.*

165 *Illa interpretatio sumenda est, per quam minus à regulis juris communis receditur.*

166 *Pro eo, qui de damno vitando certat, contra eū, q certat de lucro captādo, interpretatio faciēda est.*

167 *Bona hypothecaria in bonis debitoris manent, & ipse debitor etiam ea possidere censetur.*

168 *Sub generali hypotheca ea continentur, quae quis specialiter non excepisset.*

169 *Quoties p fraudem, & non bona fide, mutuū contrahitur, ad pign⁹ luēdū, exceptio in factū cōpetit.*

170 *Si pactū de nō reluendo pignore, nisi ab ipso oppigno-*

gnorante, vel ejus heredibus luitio fiat, interpositũ sit, consultum est, ut venditio antequam ulla lis moveatur ea de re, fiat.

171 Qui alteri cedit omne suum jus, cedit eidem etiam jus luendi pignoris, quod habet.

172 Verba, mit aller zubehörung/vñ gerechtigkeit/ universalia sunt, & nihil excludunt.

173 Verba vnd forth waß/ꝛc. sunt extensiva & amplificant ac extendunt præcedentia.

174 Vox, Sprache/vernacula nostra ad obligationes & actiones. quæ adversus quempiam intentari possunt, referuntur.

175 Vox, einige/respondet voci, Quacunq́, & universalis est, ac ad omnia in infinitum extendi debet.

176 Quoties universalia verba geminantur, ne quidem ad idoneos & habiles terminos restringenda sunt, sed in infinitũ accipere oportet, adeo etiam ut cõp̄hẽdãt cas⁹ q̄ in simplici dispositione nõ veniret.

177 Verborũ einige andere/quæcunq́, alia, hæc natura est, ut diversa ab expressis referantur.

178 Nullum verbum, ne quidem Syllaba, in contractu superflue posita erit.

179 Verba, wothanige weise man das benennen mag/vnd gelegen ist/ꝛc. respondent verbis, quocunq́, modo dici possunt, & situm quid est, omniaque comprehendunt, quæ certo nomine vel certa demonstratione indicari possunt.

180 Verborum. nichts vberall davon außbescheiden/penitus nihil di co excepto. Vis & efficacia ostenditur. (extendit. quo se ipsa.

181 Causa finalis arguit ipsum negotiũ, & illud eousq́,

182 Vox gerechtigkeit/passiva est significans id, quod juri alicui subjectum & obligatum est.

183 Vox, eingesetzt/idem significat, quod hypothecatũ, oppignoratumve est.

184 Ab effectu cognoscitur causa, taliq́, præsumitur, qualis effectus apparet.

185 Ex præsenti ducitur argumentum ad præterita.

186 Universalis cessio est, quoties quis in totum se exheredem, aliumq́, heredem facit.

187 Clausula universalis specialia verba latius extendit & deducit.

188 Delicta in dubio non præsumuntur.

189 Pignoris obligatio individua est, nec pro parte pignus liberari potest.

190 Conditio obligationis ex persona heredum mutari non debet.

191 Cæteris cessantibus concessum est uni heredum totum deb tum solvere & pignus liberare, ne ex eorum mora, vel culpa damnum sentiat.

192 Uni ex coheredib. solidum solventi succurritur familiæ erciscundæ, aut cõmuni dividundo judicio.

193 Quisq́, tenetur fundamentũ intentionis suæ p̄bare.

194 Non est satis probare. se esse ex posteritate alicujus, & quod pro tali habitus sit, nisi id etiam in specie & per distinctos gradus probet.

195 Quando qualitas est alicujus effectus causa, non sufficit, probare factum, nisi in specie etiam illa qualitas probetur.

196 Ubi est eadem ratio, ibi est etiam idem jus.

197 Res inter alios actæ non nocent aliis personis, nec inter alias fidem faciunt.

198 In iis, quæ difficilis p̄bationis sunt, p̄bationes ẽt per conjecturas & præsumptiones admittuntur.

199 Decreta sine cognitione causæ & diligenti inquisitione facta, nihil probant.

200 Pictura antiqua & ab omnibus pro vera habita, modo omnium majorum & parentum insignia gradatim exprimat, plenam posteritatis probationem facit.

201 Quod antiquum est, etiam per solam famam. probari potest: item per privatam scripturã, si ea trium testium subscriptione subnixa sit, & quidem plene, si testibus careat, semiplene saltem: nisi itidem alia adminicula concurrant.

202 In antiquis etiam testimonium de auditu recipit᷑.

203 Quisq́, pro suo, non pro alieno possidere præsumit᷑.

204 Qui rei instrumenta possidet, rem ipsam etiã possidere creditur.

205 Ea præsumptio accipienda, quæ delictum cessare facit.

206 Temporis antiquissimi & immemorialis prope possessio firmissimam inducit præsumptionem, quæ non facile admittit contrarij probationem.

207 Qui olim habuit rem, eandem & nũc possidere ac habere præsumitur.

208 Qui tacet consentire videtur.

209 Aditio & immixtio in hereditates ascendentium facilius, quam aliorum præsumitur.

210 Aditio etiam aliorum, præsumitur ex ædium inhabitatione, rei possessione, aut usu, fructuumve perceptione.

211 Quando filius, nepos, vel pronepos convenitur, in dubio aditio vel immistio hereditatis non præsumitur: secus si filius, nepos, vel pronepos ipsemet agat.

212 Filiorum appellatione etiam nepotes veniunt.

213 Soluto, vel legitime oblato, consignato ac deposito debito creditor pignus possidentem duplici actione, nempe rei vindicatione & pignoratitia, convenire potest.

214 Cessionarius, ejusq́, heredes, utilibus tantum tenẽtur actionibus.

215 Personales actiones ossibus nostris inhærent, nec inde evelli, aut in alium transferri possunt.

216 Ut nascatur debitori oppignoranti pignoratitia actio, omnem pecuniam solutam esse oportet adde n. 224. & 248.

217 Actio, quæ tempore cessionis nondum nata est, cessa videri non potest.

218 Rei vindicatio non competit ei, qui neq́, directo, neque utiliter rei dominus factus non est.

219 Dominium absq́, traditione non transfertur.

220 Ius luendi pignoris aliud est ab ipsa pignoratitia, & in rem actione.

221 Cessionarius pro creditore est, ejusq́, jure, etiam speciali, utitur.

222 Eo ipso momento, quo contractus pignoratitius p̄fectus est, ipsa pignoratitia actio oritur.

223 Statim à momento traditi pignoris creditor obligatus est, & pignoratitia actione tenetur de dolo, lata ac levi culpa.

224 Non tamen hac actione cum effectu agi potest, antequam sors principalis tota sit soluta.

225 Quicquid est transmissibile ad heredes, est etiam cedibile.

226 Utili rei vindicatione agere potest, qui neq́, directũ, neq́, utile dominium habet.

227 Quidam contendunt dominium per cessionẽ actionis in rem etiam absq́, traditione transferri.

228 Pignoris, ẽt p̄ antichresin dati possessio civilis manet apud debitorẽ, qui p̄ creditorẽ possidere & usucapere dicitur.

229 Con-

229 Consultius plerunq; est agere actione pignoratitia, quam actione in rem, cum in pignoratitia pignoris cōventionē, reiq; traditionē ac factā solutionē, vel debiti oblationē depositionē ac cōsignationem ꝓbare sufficiat: in actione in rē et dominium rei (ꝙ diffi. ile est) ꝓbare necesse sit.

230 Actio pignoratitia, cū ex cōtractu sit, personalis est.

231 Notantur, qui jure Canonico pignoratitiam etiā adversus tertium possessorem dari asserunt.

232 Facta oblatione cessionarij actionem in rem cum quocunq; possessore habent.

233 Condictio ex l. si quis conductionis, etiam in pignore locum habet.

234 Condictio hac similitudinem habet cum interdicto recuperanda, contra quod exceptio dominij nō datur: cujus ratio ostenditur.

235 Condictio ex d. l. si quis conductionis: tantum debitori ejusq; heredi solventi, vel offerenti contra creditorem, ejusq; heredes, non etiam tertium possessorem datur.

236 Condictio hac, ut & catera omnia interdicta recuperanda, personalis est.

237 Omnes actiones, tam personales, quam reales, spatio triginta vel quadraginta annorum praescribūtur. nisi alicui lex breviorem vel longiorem terminum tribuat.

238 Tempus immemoriale vim privilegij, à principe motu proprio concessi, habet. adde nu. 262.

239 Bulgari argumentum, quod juri offerendi & luendi pignoris spatio triginta vel quadraginta annorum curriculo praescribatur ex constitutione Iusti. in l. cum notissimi, C. de praescr. 30. vel 40. ann. ostenditur.

240 Par ratio est secundi creditoris & debitoris principalis, adde n. 255.

241 Vti officio judicis, sic & juri luendi pignoris praescribi posse, videtur.

242 Communis Dd. opinio dicitur, juri reluendi praescribi posse.

243 Praescriptio ob bonum publicum, in odium negligētium est introducta.

244 Iuri reluendi & retrovendendi, quamdiu facultas manet, non praescribitur: at postquam illud ad heredem paciscentis transiit, non amplius facultas est, & ei praescribi potest.

245 Admissa regula, quod jure reluendi non praescribatur, hac tamen ita accipienda, nisi à tertio bona fide ac justo titulo res oppignorata possideatur.

246 Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.

247 Non entis nulla sunt qualitates.

248 Pignoratitia, ut & condictio ex l. si quis conductionis, nata non dicitur, antequam omne debitū solutum sit.

249 Ea, qua mera sunt facultatis, non praescribuntur.

250 Qua sunt temporalia ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.

251 Iuri offerendi, quando formatum est, praescribitur: si tantum facultas, non item.

252 Debitor non habet jus formatum, cui cohareat jus offerendi.

253 Catalogus eorum, qui juri reluendi pignoris praescribi non posse contendunt, recensetur.

254 Horum sententia non solum in Camera Imperiali, sed & in scholis & foro summisq; dicasteriis receptissima est.

255 Diversa ratio est inter secundum creditorem primo offerentem & inter debitorem, cum illi jus offerēdi jure actionis cōpetat, huic non itē, adde n. 266.

256 Actio pignoratitia statim ex contractu pignoratitio nascitur, sed sub conditione, si pecunia, in cujus securitatem pignus datum est, solvatur.

257 Qua sub conditione competunt, non prius admittunt praescriptionem, quā si cōditio ista extiterit.

258 Quoties stat per eum, cujus interest conditionem nō impleri, perinde habetur, ac si impleta conditio fuisset.

259 Hac regula fallit, si conditio in alterutrius contrahentium voluntatem confertur in casu permisso. Adde alteram hujus regula limi. n. 261.

260 Natura contractus pignoratitij est, ut conditio reluendi pignoris in puram & meram voluntatem debitoris conferatur.

262 Tempus immemoriale vim specialis concessionis habet, nisi de origine contractus constet.

263 Cessat temporis immemorialis privilegium in his, qua mera sunt facultatis: aut si mala fides intervenit.

264 In utroq; foro in his, qua ad conscientiam spectant, ut est praescriptio, jus Canonicum sequimur.

265 Mala fides defuncti nocet heredi, etiamsi ex sua persona praescriptionem incipere velit.

267 Facultas luendi, cum possit intelligenda est, cū bene possit.

268 Argumentum ab authoritate, contraria authoritate, fortiore tollitur.

269 Praescriptionem adversus officium iudicis etiam mala fides tollit.

270 Alia ratio est heredis sub hac conditione, si volueris, instituti, & alia debitoris, qui jus reluendi pignoris sibi reservavit.

271 Magis creditur distinguentibus, quam simpliciter loquentibus.

272 Bonum publicum ita promovendum, ne tamen adificetur mala fide ad Gebennam.

273 Dispar ratio est juris adeundi & immiscendi, cum jure luendi.

274 Notatur Sichardus.

275 Ingens discrimen est, inter eum, qui solutionis causa adjicitur, & eum, cui acquiritur obligatio.

276 Protestatio protestanti jus illasum conservat.

277 Lasa conscientia arguens malam fidem ex oppositione bona fidei cognoscitur.

278 Etsi protestatio vel denunciatio extrajudicialiter facta nō interrumpat praescriptionem, nisi in casibus specialiter in jure exceptis. si tamen informando conscientiam adversarij inducit malam fidem, impedit inchoari, & inchoatam compleri praescriptionem.

279 Titulus pignoris non est aptus ad praescribendum.

280 Quoties creditor pignus alteri pignori dedit, debitor principalis vel actionem in rem, vel pignoratitiam adversus primum creditorem instituere, aut deniq; eum, ut sibi cedat actiones quas habet, officio judicis cogere potest.

281 Etiamsi debitor ob impedimentum praescriptionis adversus tertium possessorem agere non possit, nō tamen propterea cum suo creditore actione pignoratitia agere impeditur.

282 Privata scriptura antiqua qua sc. centum annos excedit, semiplene et absq; testium subscriptione creditur, modo cōstet eā esse illius, qui dicitur scripsisse.

283 In antiquis leviores probationes sufficiūt.

284 Nemo sibi annotatione sua privata debitorem facere potest.

285 In omni actu humano, ut ad operãdũ efficax esse possit, hec tria concurrere oportet, voluntas, sc. faciẽtis, potestas ejus, & justa causa, quorum si unum deficiat, actus nullius momenti reputatur.

286 Substantia actus ex solo tẽporis cursu nõ pſumitur.

287 Vt scriptura antiqua nullis aliis adminiculis suffulta fidem faciat, necesse est, eam talem esse, ut sit alicujus efficaciæ, alias plane nihil probat.

288 Nemo in re propria testis idoneus censetur.

289 Scripturæ ex archivo publico productæ plena fides adhiberi debet.

290 Non est archivũ publicũ, nisi sit in loco publico, & in quo solo conserventur instrumenta authentica sub publici officialis custodia.

291 Privata scriptura tum demum facit contra tertiũ semiplenam probationem, dummodo à persona & loco non suspecto proferatur, & in sua forma appareat confecta, vel ab utraq; parte probata.

292 Adire, vel repudiare hereditatem potestati ac volũtati heredis permissum est.

293 Aditio hereditatis non tantum per verba & facta adeuntis, sed & per scripturã, ẽt invalidã, pbatur.

294 Quod tamen non p[?]o[?]edit, si cum imperfecta scriptura concurrat etiam voluntatis imperfectio.

295 Nemo potest adire hereditatem, cui delata non est.

296 Quamdiu successioni ex testamento locus est, ab intestato hereditas non defertur.

297 Heres ratũ tenet̃ habere factũ defũcti, cui successit.

298 Quoties quis actui adest, qui se invito fieri potest, non videtur sibi præjudicasse: secus est, si quis actui subscribit, qui se invito fieri nõ potuisset, quo casu vel sola etiam dissimulatio nocet.

299 Petitio confusione debiti extinguitur.

300 Heres semel factus nunquam ne quidem per restitutionẽ in integrum potest desinere esse heres.

301 Possessio pro herede ẽt in minimo[?] esse potest: & heres est, qui adijt hereditatem, etsi in ea plane nihil sit.

302 Actio & passio in eodem, circa idem & eodem tẽpore esse non possunt.

303 Quomodo[?] intelligatur, ꝙ dicitur, ipsa L. 12. tabb. personalem obligationem, pro qua pignus obligatum est, inter heredes debitoris esse divisam.

304 Renunciantis sororis pars fratribus & sororib. pro æquali portione accrescit.

305 Fratrum sororumq; liberi cum patruis suis patruo succedunt in stirpes: fratres vero & sorores suis fratrib. ac sororibus prædefunctis in capita.

306 Si soli fratrum & sororum liberi succedant, divisio non in stirpes, sed in capita fit. Vti communiter obtinuit, n. 310.

307 Ius antiquum in collaterali linea nulli successioni in stirpem locum dabat, sed pares in gradu, exclusis remotioribus, pariter admittebat.

308 Quod jus tantum eo casu, si cum suis patruis, avũculis vel materteris prædefuncti fratris vel sororis filij filiæq; concurrãt, Iustinianus immutavit.

309 Exceptio confirmat regulam in casib non exceptis.

310 Ex constitutione Caroli V. constat, in multis locis, fuisse receptum, ut soli fratrum liberi existentes patruo in stirpes non in capita succederent.

311 Quisq; tenetur probare fundamentũ intẽtionis suæ.

312 Iudex, sub cujus jurisdictione major pars bonorum sita est, jurisdictio propter continẽtiam causæ fundata est.

313 Eo loci offerri, designari ac deponi potest & debet debitum, ubi solvi debet.

314 Quando in rẽ agitur, adeũdus est judex, sub cujus jurisdictione res omnes sitæ sunt.

315 Ibi agi oportet, ubi res sita est, & solvi potest, vel debet.

316 Debitores redimere volẽtes pign⁹ loco creditorũ sunt.

317 Heres eo loci convenitur, ubi & defunctus.

318 Creditor pignus possidens tum in loco domicilij, vel cõtractus, tũ in pignus sitũ est, cõveniri potest.

319 Camera Imperialis jurisdictio fundata nõ est, quãdo omniũ rerum est medius judex superior.

320 Omnes, quos res tangit, ac de quorum præjudicio agitur, citandi sunt.

321 In rei vindicatione non attenditur cujus nomine vel voluntate possessor sit in possessione, sed utrum habeat facultatem restituendi, nec ne.

322 In rei vindicatione citari possunt & ij, qui dolo malo possidere desierunt.

323 Quoties actio pignoratitia cum actione in rem cumulatur, nõ solum rei possessores tertij, sed & creditor, vel eo defũcto, heredes ej⁹ omnes citãdi sunt.

324 Actio pignoratitia multis juris Interpp. est actio in rem scripta.

325 Actio mere personalis fundum non sequitur, neque in singularem successorem transit.

326 Per constitutionẽ pignoris res afficitur, adde n. 337.

327 Definitio mixtarum actionum recitatur.

328 Veriorem esse eorum sententiam, qui actionem pignoratitiam simpliciter personalem esse statuũt.

329 Actio personalis definitur. (ostenditur.

330 Actio pignoratitia possessorem non sequitur, neq; per eam res avocari potest.

331 Actiones in rem scriptæ unde nomen sortitæ sint ostenditur.

332 Actio pignoratitia tantum in creditorem ejusq; heredes dirigitur, neq; ullas pſtationes reales habet.

333 Resoluto jure datoris, resolvitur jus accepteris.

334 Explicatur c. cum contra. extra. de pignorib.

335 Non facile juris Canonici & civilis contrarietas introducenda est.

336 Explicatur l. si cum venderet, de pignor. act.

338 Quid in formando libello attendi debeat.

339 Contra tertium possessorẽ pignorũ sola in rem actio locum habet.

340 Contra creditoris heredes & actio in rem, & pignoratitia in personam intentari potest.

341 Quando actiones cumulari possint.

342 Consultũ est actori nullum actionis genus in libello exprimere, neq; hodierno jure id facere quis tenetur, modo medium concludendi ita concipiatur, ut judex scire possit, quorsum actor tendat.

343 Etsi de necessitate juris non sit, rei pertinentias omnes statim & in specie exprimi & peti, tamen illud fieri, actori consultius est.

344 Quid in actionẽ in rẽ, & in pignoratitiam, veniat.

345 Antichresis jure civili permissa, jure Canonico ea, que p longũ tẽpus vel ppetuo duravit, illicita est.

346 Multa de jure stricto fieri possunt, quæ tamen fieri per se laudabile non est.

347 Quomodo libellus in proposita facti specie formandus sit perfunctorie ostenditur.

SPECIES FACTI.

H. & G. fratres à W. anno 1426. feria quarta post dominicam oculi sororem suam E. à W. certa dote promissa clocarũt in matrimoniũ D. von dem G. vulg. A. vocato uti testatum faciunt pacta dotali a lit. A. signata, & quidem ita ut ei sexcenti aurei dos essent, proque his in antichresin cederet Castrum A. M. do-

donec prædicti fratres eorumq; heredes 600. illos aureos una cum 100. aureis insuper numerandis in compensationem reputationis faciendæ sorori suæ eiusq; marito vel heredibus solverent, atq; hoc castrum cum pertinentiis liberarent. Vigore huius pacti & conventionis soror eorum E. à W. renunciavit in manus fratrum suorum omnia bona paterna & materna ut est litera B. Confessi præterea sunt biduo post hi novi coniuges D. von dem G. vulgo A. dictus, & E. à W. peculiari instrumento Reversali, se suosque heredes & successores adstrictos esse H. & G. à W. fratribus, ut permittant à se redimi 600. aureis dotis, & insuper etiam 100. aureis pro refectione facienda, Castrum A.M. Quod factum est feria sexta post dominicam oculi eodem anno uti patet ex Copia sub litera C. transmissa.

Tandem G. à W. obiit sine liberis. H. von W. ex H. uxore sua filios & filias, atque inter has C. von W. suscepit, ac post se superstites reliquit uti patet ex Copia D. transmissa. Hæc H. von W. filia C. von W. nupsit, W. N. seniori ex quibus descendunt D. N. eiusque sorores iam consulentes, quorum pater erat, W. N. junior.

Hos autem consulentes ab illis coniugibus W. N. seniore & C. von w. recte descendere, putant probari ex eo quod cum reciperentur w. N. junioris sorores, tum etiam amitæ eius in monasteria inter sedecim nobiles majores, seu in computationem sedecim majorum fuisse à præsentibus viris nobilibus fide dignis connumeratos D. N. seniorem & C. von w. olim coniuges, eorumque insignia inter sedecim illa fuisse relata atque approbata sine ullius hominis contradictione. Cõstat præterea ex litera E. quod H. von w. hos habuit liberos G. G. P. H. G. & C. prædicti, w. N. senioris coniugem, & quod hæc C. w. N. uxore eiusque liberi fuerint veri proprietarii prædicti Castri A. M. cum omnibus suis pertinentiis. Nam cæteri H. von VV. liberi huic sorori seu C. von VV. sæpedicti VV. N. uxori omne jus suum quod habebant in Castrum A. M. ejusque pertinentias & facultatem redimendi una cũ prædictis reversalibus aliisque documentis concesserunt, die Martis post Luciam Anno 1480. ut docetur per literam F. Auxit etiam Lunæ post Petri ad Cathedram anno, 1491. M. O. prædictus VV. N. senior summã pecuniæ, pro qua à G. von VV. anno 1390. in die Georgii, M. O. patri I. O. decimas oppignoraverat ac cum eodem pactus est, ut necesse non esset clypeis redimere decimas illas, sed vulgari pecunia, ut est in prædicto instrumento litera F. notato. Ex quo planum fit, VV. N. seniorem totam H. von VV. hereditatem relictam à coheredibus uxoris suæ redemisse, & ad posteros suos transmisisse. Cujus etiam posteri hi consulentes habent omnia instrumenta ad Castrum A. M. pertinentia, una cum dictis reversalibus.

Reluitio Castri A. M. non tantum H. von VV. ejusque liberis, sed & cuilibet juste habenti vel detinenti literas reversales halder deß Revers reservata est disertis verbis in d. instrumento C. signato. Nec dubitatur VV. N. justum esse possessorem sæpedictorum instrumentorum & reversalium. Et cum superioribus annis creditores quidam conarentur Castrum A. M. ad distractionem pertrahere, VV. N. junior ejusque pater cõtradixerunt & de jure suo protestati sunt ut testantur multa acta M. & D. agitata, ut litera H. videre est. Fuerunt igitur hæc bona & Castrum A. M. apud D. von G. vulgo A. ejusq; posteritatẽ ab an. 1426. usque ad annũ 1587. quo tandem anno ob nimium ęs alienũ creditores H. B. Castrum & bona illa ingressi sunt, inter quos creditores etiam reperiuntur A. B. quidam heredes: à quibus I. von A. zu S. comparavit. Cui I. von A. sese opposuit una ex coheredibus C. filia ab A. B. ob dotem sibi non solutam: cui satisfecit I. von A. Atq; hinc tandem I. von A. zu S. filia post patris sui obitum missa est in Castri huius & bonorum possessionem. Sed & hi: I. von A. zu S. eiusque filia descendunt à D. von A. ejus uxore E. von VV. Sed & D. N. per I. von der VV. 10. Ianuarij anno 87. de jure suo reluendi monuit, ut est lit. H. Sed non attenta protestatione & reservatione illa I. von A. zu S. filia à Senatu T. mittitur in possessionem dicti Castri A. M. An autem in hanc immissionem R. von der F. liberi itemque I. N. & H. von E. eorumque uxores veluti sorores & filiæ consenserint, ignoratur, Decrevit autem, D. N. cognato suo C. von der VV. omne jus suũ, quod habet in Castrum A. M. cedere, idq; denunciavit B. Interea reperitur, T. in P. ædibus instrumentum & schedula quędam eius tenoris uti sub litera I. legitur. Instrumen-

mentum est idem cum pactis dotalibus supra litera A. designatis, paucis hinc inde aliter dictis, quæ colore rubro subducta sunt in hac copia. Nam in hoc instrumento nuper reperto facultas etiam datur H. von W. ut redimat aliud quoddã prædium 25. aureis oppignoratum: Deinde ut reluitionem ipse ejusq; heredes faciant propria sua pecunia, & quidem aureis Rhenensib. ponderosis mit schweren Reinischẽ goldgulden. Ut ergo D. N. eiusque sorores certi sint, anne possit reluitio pignoris illius fieri ut sic etiam cedi alii ad subsequẽtes quindecim quæstiones ut sibi respondeatur petit.

Primo itaq; quæritur an instrumenta illa literis A. B. C. D. E. & F. notata pro publicis vel privatis instrumentis haberi debeant, & propter antiquitatem etiam absq; agnitione fidem faciant.

Secundo cum instrumentum A. consignatum in quibusdam differat ab eo q̃ lit. I. signatũ est, vtri plus fidei tribuẽdũ.

Tertio quæritur, vtrum N. vigore reversalium & juris authoritate possit agnato suo C. à VV. jus suum reluendi cedere vel vendere, non obstante illa clausula, quæ instrumento alteri sub litera I. inserta est, nec tamen in altero lit. A. reperitur, ut propria sua pecunia ipse ejusq; heredes reluant.

Quarto, posito q̃ propter hanc clausulam cedere hoc jus alii nõ possit, quæstionis est, liceatne N. eam pecunię summam mutuo accipere, & in eventum factæ liberationis ei hæc prædiũ obligare.

Quinto, an N. hæc documẽta & quędam alia argumenta supra enumerata ad hoc, quod intendit probãdum sufficiãt, an vero pluribus & exactioribus opus habeant probationibus.

Sexto, qua actione, an pignoratitia, vel in rem utendum.

Septimo utrum, per longissimi & prope immemorialis temporis præscriptionem hæ actiones sint extinctæ.

Octavo an chartæ, quæ in arcula T. invẽta est, & manu P. võ A. an. 1478. scripta dicit̃, sine aliis adminic. fides sit habẽda.

Nono an per eam probetur P. von G. A. hereditatem avunculi sui, G. von W. adiisse:

Decimo possintne heredes ab A. & vice eorum nobiles à B. veluti heredes G. von VV. hanc reluitionem sibi asserere.

Undecimo, an hi in solidum, vel pro parte hereditaria admittendi.

Duodecimo, ubi cõveniendi sint rei, an coram superiore, meidio vel inferiore judice.

Decimotertio, vtrum sufficiat possessorem, vel necesse sit omnes citare.

Decimoquarto, quæritur, an actio pignoratitia sit in rem scripta necne.

Decimoquinto & ultimæ quæstionis est, quomodo libellus sit formandus.

Responsum.

VT, divini numinis auxilio humiliter implorato, nõ qua debeo, sed qua possũ diligẽti investigatione, satisfacere studeã consulenti viro optimo ac nobilissimo, eo ordine quo mihi præmissę quęstiones, sane admodum difficiles, & arduæ, propositæ sunt, omnibus ad me transmissis accurate perlectis & recte ponderatis, percurrã cum † de iure respondentis, non minus, quam iudicis officium sit, *c. judicantem, 30. q. 5. c. super quæstionũ §. intentionis, extr. de off. deleg. c. cũ causam, ex. de testib. l. judices, C. de jud.* cuncta rimari, & nihil indiscussum relinquere, quo veritatem iuris elicere possit, *Pascal de cons. sapien. li. 1. & 3.* quippe † quod consilium decisivum reddens æquiparatur iudici, consiliũ sententiæ, & rei iudicatæ, ut post Ab. & Spec. concludit Phil. Corne. *cons. 137. vers. assimilatur enim tunc consultor, consi. 179. vers. assimilatur enim, vol. 1. & ante eum Iacob. de Aren. in tracta. de consi. sapient. ac novissime etiam Anto. Maria, Coratius in tract. de comm.* U. J. *Doctor. opin. li. 1. ti. 6. n. 74.* 1 2

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUęritur autem primo, utrum designata per literas A. B. C. D. E. & F. documẽta pro publicis vel privatis, itemq; propter antiquitatem pro agnitis plenamq; fidem facientibus habenda sint. Quę quidem quæstio parum habet dubitationis, quo ad instrumenta duo, quæ sc. lit. E. & F. insignita sunt quippe quod à † iudicibus ordinariis officii causa prodita ac sigillis authenticis confirmata sunt, *per c. 2. extr. de fid. instrum. ubi Panorm. & Feli Spec. de probat. §. ult. n. 13. & 15. & titu. instru. edit. §. nunc dicendum restat 7. n. 2. vers. item dicitur publicum, per c statuimus, 19. quæst. 3. Modesti. Pistor, conf. 27. nu. 74. vol. 1. Martin. Monter. à Cueva, decis. Arragon. caus. civil. 12. nũ. 1. vers. præsertim cum sigillum publicæ fuerit persona, & c. per c. post cessionẽ, ubi Dd. extr. de probat. Wesemb. consi. 12. num. 47. vers. q̃ si hoc igitur, verb. à personis publicis ad signandum deputatis.* Et licet † sint, qui non sine causa statuunt, sigilla ne quidem publica per se quicquam probare absq; subscriptione eorum, quorum sunt, ut intelligantur voluntate ipsorum apposita, *Barto. in proœm. ff. Bal. in l. falsus, in fin. C. de furt. wesemb. cõsil. 12 num. 50.* quia † testes sunt muti, ac proinde incerti, *Bald. in constit. de pac. Constant. verb. imperialis. Monter. à Cueva. d. decis. Arragon. nu. 9.* qui ex Bertrand. *cons. 133. vol. 1.* refert, fidem instrumento adhibere ob solam sigilli adpensionem contra regulam, & fatuum esse, qui id facit, quod & Iohan. Afinius *de execut. libr. primo, cap. 7. columm. fin. versic. præterea quod signum notarij*, asseruit, hoc tamẽ eorum dictũ de privatis tãtũ sigillis intelligẽdũ est: 3 4 5

secus

secus autem se habet, si instrumentum, de quo quæstio est, sit publico sigillo munitum, alicuius Principis, Episcopi, Abbatis, Universitatis, iudicis, vel officialis, ut recte distinguit & monet Wesembec. *d. consil.* 12. *num.* 4. 49. *&* 50. *Vitalin. in clement. unic. §. final. num.* 47. *de probat.* prout
6 etiam † Doctores asserentes sigillum vim subscriptionis habere, & absque subscriptione eius, cuius sigillum est, plene probare, non indistincte de omni, sed publicæ personæ sigillo loquuntur, *argum. d. cap. post cessionem. de probat. & d. cap.* 2. *ubi Abb. Felin. Anton. de Butr. extr. de fid. instrum. Anton. Trivis. decis.* 4. *num.* 23. *&* 24. *lib.* 2. Sigillum
7 autem † judicis publicum dici, sicut & sigillum capituli, *post decis. Rot. Rom.* 188 *de procurat. in antiq. asseris Mascard. de probat. conclus.* 1302. *num.* 48. Ideoque etsi hæc non habeant judicis manum subscriptam, fidem tamen merentur plenam, veluti publicis sigillis corroborata.

At vero de cæteris instrumentis, utrùm publica sint & plenam fidem faciant? aliquanto maior dubitatio esse potest, ob id, quod Doctores ea de re varie locuti sunt. Nam Hostiens. *in summ. tit. de fid. instrumen. num.* 3. Instrumentum
8 publicum † hoc tantum esse definit, quod confectum est per manum Notarii, seu tabellionis, qui juravit fideliter exercere officium suum de his, quæ videbit & audiet pro utraque parte, *per cap. illud. extr. de præsumpt. cap. ad audientiam. extra. de prescript. l.* 3. *C. de tabular. lib.* 11. *& Novell.* 49. *de tabellion.* sed & Speculat. *de instrum. edit. §. nunc dicendum restat.* 7. *num.* 1. Publicum, inquit, est, quod publicam habet authoritatem; cuius species plures sunt: Nam publicum est, quod est per manum publicam scriptum, id est, per manum Notarii, qui est publica persona, *l. orphanotrophos. C. de Episcop. & cleric.* & servus publicus dicitur, *l. facultas. C. de jur. fisc. lib.* 10. *cap. quanquam. extra. de usur.* Item dicitur, inquit, publicum instrumentum, quod in publicam formam redactum est, *cap. illud. extra. de præsumpt. & num.* 2. quod est sigillo authentico sigillatum, *cap.* 2. *extra. de fid. instrum. cap.* 3. *extra. de probat.* vel authoritate judicis exemplatum sive authenticatum, *l. publicati. C. de testam. l. final. C. de jure emphyteut. l. final. C. de re judic.* sic plures alii, veluti Bartol. Bald. Cyn. *in l. scripturas. C. qui pot. in pign.* & præsertim methodici authores, atque inter hos non postremus Cunrad. Lagus, itemque Wesembec. *in d. consil.* 12. passim instrumentum publicum à privato hoc ipso videntur distinguere, quod publicum sit illud censendum, quod à publica persona officii causa factum, aut sigillo publico munitum est, secus si sit privata manu scriptum, & à partibus pluribusq; testibus subscriptum.

9 At neutrum de his † instrumentis asseverari potest: tum quod sigilla etsi sint personarum nobilium, non sint tamen publica, *Carol. Molin. tit.* 1. *de consuetud. Paris. §.* 8. *verb. denombrement. numer.* 12. *Ioseph. Mascard. conclus.* 1302. *num.* 44. *in fin.* ubi Doctorum sigilla appellat privata; multoq; minus officii causa adpensa videri possunt: tum etiam, quod ob vetustatem ignoratur, utrum à Notario confecta sint, necne? Imo etsi constaret, à Notario conscripta esse, tamen cùm fidem non acceperint à Notario, sed eam habere debeant ex personis sigilla sua adpendentibus, ut ex tenore literarum ipsarum apparet, ne sic quidem pro instrumentis publicis haberi possunt.
Quoniam † non satis est, à Notario instrumen- 10
tum scriptum, vel subscriptum, aut consignatum esse, nisi & officii sui causa hoc fecisset, *Bald. & Felin. numer.* 4. *versic. quarta declaratio. in d. cap.* 2. *extra. de fid. instrument. Bald. in l. scripturas. C. qui pot. in pignor. per cap. illud. extra. de præsumpt. Anton. Solan. in Const. antiq. Sabaud. tit. de fals.* 72. *decreti ad majorem. gloss.* 2. *numer.* 4. *per §. nos autem. d. Novell.* 49. *de tabellion. Ioseph. Mascard. de probat. volum.* 3. *conclus.* 1294. *numer.* 9. *Johan. Sichard. ad dict. l. scripturas. numer.* 15. *versic. ex quo videmus. C. qui pot. in pign.* Ideoque Speculat. *d. §. nunc dicendum restat.* 7. *numer.* 1. requirit, † ut in formam publi- 11
cam à Notario sit redactum, *per d. cap. illud. extra. de præsumpt. d. cap.* 2. *cap. inter dilectos. §. rursus. extra. de fid. instrum. & Cunrad. Lag. part.* 5. *method. jur. civ. in fin.* manu Notarii scripta, si in iis non sit forma observata, qua publicari instrumenta dicuntur, paria facit his, quæ contrahentes ipsi manu sua conscripsere, quæ manifesto constat privata esse.

Deinde multorum † authoritate probatur, 12
eam quoque scripturam, quæ plurium testium subscriptionem, *juxta dictam l. scripturas. Cod. qui pot. in pign.* accepit, privatam esse, ex quo manu publica ut publica confecta non est. Ita enim Tiber. Decian. *respons.* 33. *numer.* 115. *volum.* 1. privatam scripturam facit duplicem: unam non subscriptam à partibus & testibus, alteram subscriptam, & sic solennem. Et rursus *respons.* 11. *numer.* 118. *& seqq. volum. eod.* Item Roland. à Valle
talem scripturam vocat privatam, † tametsi eam 13
effectu parem publico instrumento faciat, *consil.* 84. *numer.* 2. *&* 3. *volum.* 3. Molinæus itemque *d. tit.* 1. *consuetud. Paris. §.* 8. *gloss.* 1. *in verb. denombrement.* 8. *versic. & tuus aut est.* eam scripturam, quæ non habet duorum Notariorum, aut unius Notarii & testium subscriptionem, negat esse publicam: & Felin. *in d. cap.* 2. *extra. de fid. instrument.* Ad hoc, ut scriptura, inquit, privata probet, requiritur, quod habeat subscriptionem partium & trium testium; quorum voce vel comparatione coadiuvetur, &c. eodem modo infiniti alii, ut & Henric. Bover. *in singul.* 48. *num.* 18. & Cunrad. Lag. *d. loc.* sentiunt ac loquuntur, nec immerito: siquidem textus *in d. l. scripturas.* id aperte probare videtur.

Sigillum autem subscriptioni æquiparatur, paremque vim cum subscriptione habet, *l. tribunus. §.* 1. *de milit. testam. ubi Dd. Henr. Bover. d. sing.* 48. *n.* 19. *Io. Pet. Surd. decis.* 137. *n.* 2. *Mascard. d. concl.* 1302. *num.* 5. *Martin. Monter. à Cueva d. decis.* 12. *nu.* 1. *&* 4. *Menoch. consil.* 1. *num.* 332. *Hieron. Schurff. consil.* 17. *num.* 13. *centur.* 1. Ut enim subscriptio, sic & consignatio non alio fine fit, quàm ut de consensu constet, ut ex Ludovic. Roman. *ad l. sciendum. numer.* 34. *versic. tertio quia ratio. ff. de verborum obligat.* respondit Ernest. Cothman. *consil.* 30. *nu.* 134. Sicut ergo multorum privatorum subscriptio, ita & consignatio multorum privatorum publicum non constituit instrumentum.

Accedit autoritas † Aym. Cravet. *de antiq. temp.* 14
part. 1. *§. quarto limitatur. nu.* 84. Et solum, inquit,

dicitur publicum instrumentum, quod est roga-
tum per tabellionem partibus præsentibus. se-
cundum eum (Romanum scilicet) *cons. 77. in
fin. & cons. 23.* in quam sententiam quoq; advocat
autoritatem Felini *ad rubr. de fid. instrum.* itemque
Decii *in c. tertio loco. in 1. notab. extr. de probat.*

Respondit itemque Academ. Ingolstadiensis
inter consilia Modestini Pist. *post cons. 27. num. 74.*
15 *vol. 1.* duo in † iure dici sigillorum genera: alte-
rum authenticum, quod fidem facit, *ut in d. cap. 2.*
Sunt autem authentica sigilla Imperatoris, Re-
gum, Principum, &c. quod sigillum dicitur pu-
blicum à publico officio & sigilli usu, ita ut si al-
terum eorum deficiat, non sit publicum, *per cap.
significante. extr. de appell.* Alterum est, inquit, ge-
nus sigillorum, quæ privata sigilla dicuntur, &
illa scripturam non faciunt authenticam, *ut ha-
betur per Dd. in locis praallegatis. & habetur late per So-
cin. cons. 2; 8. incip. in causa vicaria vol. 2. nu. 7. in par. 2.*
ubi illud de privatis sigillis pulchre deducit,
quod non probent: nam sigilla privata non ad-
ponuntur ad confirmandam scripturam, sed in
testimonium tantum: Sigilla vero authentica
adponuntur, ut probent autoritatem scripturæ:
Et facit, inquit, quia sigillum privatum habet so-
lam vim subscriptionis. Hæc Academia Ingol-
stadiana.

16 Quæ si ita sunt, † facile colligitur, tametsi an-
tiquissima sint, nihil tamen probare, nisi recog-
noscantur, & sic approbentur à parte vel iudice,
aut aliis adminiculis suffulciantur, *Acad. Ingolstad.
d. cons. 27. nu. 70. inter consilia Modestini Pistoris.* Re-
gulariter enim privata scriptura non probat, nisi
recognita, aut aliud supplementum recipiat,
quo fiat authentica, puta si à iudice exempletur,
aut publicetur, vel in archivum publicum rece-
pta sit, *Specul. d. §. nunc dicendum restat. num. 2. & 4.
Felin in d. c. 2. nu. 9. 11 vers. quinto limita. & 12. & 16.*
ubi testium fidem & comparationem inter ad-
minicula illa refert. Ac necessariã esse recogni-
tionem, ut si non per omnes subscriptos vel sub-
signatos testes, saltem per duos fieri debeat, sen-
tit quoq; Rol. à Valle *d. cons. 84. nu. 4. vol. 3.* Reco-
gnitionem similiter postulat Carol. Molin. *de cõ-
suet. Paris. tit. 1. d gl. 8. verb. denombrement. nu. 8. & 11.*
Alioqui privata scriptura de se neq; probat, ne-
que præiudicat, etiam inter easdem partes, *l. in-
strumenta. C. de probat. authen. si quis vult. C. qui pot. in*
17 *pign.* Quin etiam † vel ideo necessaria illa reco-
gnitio est, quia ignota sigilla fidem non faciunt,
etiamsi mille sint, *ut docet gloss. in cap. 1. distinct. 98.
quam sequitur Panormit. in cap. quod super his. extra.
de fid. instrument. & Modestin. Pistor consil. 27. nu. 75.
volum. 1.* Ideoque confidens nudæ scripturæ pri-
vatæ, vel ignoto sigillo nec recognito, totum in
adversarii fidem suspendit.

18 Imo vero in terminis, huiusmodi † scriptu-
ram privatorum, licet nobilium sigillis confir-
matam, plane nihil probare, etiamsi sit antiqua,
& plures testes sigilla recognoscant, & sic nota
sint, respondit inter Modest. Pist. consilia Acade-
mia Ingolstad. *post d. cons. 27. nu. 70. in fin. 71. & 72.*
ubi hæc leguntur: Est enim scriptura privatã, nõ
publica vel authentica, & sigilla etiam privata,
quæ quantumvis plura sint, publicam tamen &
plenam fidem non faciunt. Nam tunc esset pu-
blica scriptura, si authentico & publico sigillo si-
gillata: nostra autem scriptura (de qua scilicet ibi
disseritur; erat autem & illa multos ante & quidẽ
annos ultra septuaginta per aliquot nobiles, ut
ex facti specie colligitur, consignata) privata
tantummodo est, inter privatos & à privatis scri-
pta, privatorumque hominum sigillis signata:
ita declarant Abbas, Felin. & cæteri Canonistæ
in c. 2. extr. de fid. instrum. Certum est autem, quod
privata scriptura, nisi accedente extrinseco ad-
miniculo, non probat, etiamsi plurium testium
subscriptionem, annum, mensem, diem, Con-
sules, sigilla privata & similes solennitates ha-
beat, *l. instrumentum. l. exemplum. l. rationes. C. de pro-
bat. l. 2. C. de conven fisc. debito. l. nulla. ff. de donat.* Et
paulo post *num. 73.* Sola, inquit Academia, inscri-
ptio vel subscriptio testium nullum robur scri-
pturæ tribuit, adeo ut nec semiplene id, quod
scriptum est, probet, *secundum Bartol. in d. l. admo-
nendi. de jurejur.* &c. Hæc illa.

Contra vero, scripturam † manu privata con- 19
scriptam, quæ nulla publica autoritate tali, sed
partium & trium testium, vel tantum testium a-
liquot subscriptione vel signatione munita est,
publicam censendam, aut certe vim publici in-
strumenti habere, quam plures alii asseruerunt:
inprimis ipsemet Speculat. *in d. §. nunc dicendum
restat. num. 2. vers. quinimo dicitur publicum, quod ha-
bet subscriptionem trium, &c. per d. c. 2. extr. de fid. in-
strum. & cap. 1. extr. de probat. d. l. scripturas. Novell. de
fid. instrum. §. si quis igitur vult caute, & § seq. l. ut per-
fectius. C. de annal. except.* Saltem † in eo differre à 20
quolibet alio publico contendit, quod vires ha-
beat, dum testes vivunt, iis vero mortuis non va-
lere *per d. c. 2. extr de testib.* in quam etiam senten-
tiam Hostiens. *in summ. de fid. instrum. num. 4. versic.
instrumento autem trium testium subscriptionibus ro-
borato. verb. dicunt quidam.* inclinat. Quod quomo-
do verum sit, mox ibidem Hostiens. docet, nem-
pe, si non habeat sigillum fide dignum, sive au-
thenticum, vel alias per comparationem proba-
ri ac certum reddi non possit, quorum sigilla &
subscriptiones istæ sint, *per d. c. 2. extr. de fid. instru-
ment.* Deinde † antiquus interpres & summista 21
juris Goffredus, teste Hostiens. aperte voluit, ta-
lem scripturam pro publico instrumento ha-
bendam, eique perinde, ac si à Notario publica
forma confecta esset, plene credendum esse, idq;
his vulgo notis versiculis testatus est:

Cautio privata cum trino teste notata,
Hoc jus est nacta, quod cautio publica facta.

Novissime etiam Tilman. de Benign. *in obser-
vat. Cameral pentecoste. 1. observ. 32.* observavit, scri-
pturam, quæ scribentis & testium subscriptio-
nem habet, publicam in Camera Imperiali cen-
seri. Quod si ita se habet, quoad subscriptionem,
utique etiam quoad consignationem, cum à pa-
ri, ut ante dictum est, procedant subscriptio &
consignatio; maxime quoad id, ut scripturam
reddant indubitatam ac manifestam, authore
Francisc. Bursat. *consil. 39. num. 26. volum. 1.* Jacob.
Menõch. *lib. 2. præsumpt. 57. num. 33. & 35.* ubi *ex
Purpur. ad dict. l. admonendi, num. 177. de jurejurand.*
asserit, † quod ubi adest sigillum, non requiritur 22
alia probatio per testes, aut comparatio litera-
rum: quem etiam refert & sequitur Aym. Cra-
vett.

*vert. de antiquit. tempor. part.1. §. quæritur etiam in hac materia.num.*44. Et quod privatis ſigillis ſubſignata ſcriptura pro publica ſeu inſtar publici inſtrumenti habeatur, colligitur ex eiuſdem Tilmanni de Benign. *prodromo obſervat. Cameral. ſyntagmat.2. decad.1. voto 4. num.21.* ubi mariti defuncti ſigillum, quod iſti ſcripturæ deerat, dicitur non exiguus defectus, hac addita ratione: *Cum ſigillum ſit quod autoritatem præſtet ſcripturæ, & authenticam eam faciat.cap.2.& ibi Innocent. & commun. Canoniſt.extr.de fid.inſtrum.* Et mox additur ibidem, ſecundum teſtem contractum redegiſſe in ſcripturam, & ſigillum proprium appendiſſe: cuius fidei non detrahitur; quod producentis conſanguineus eſt,&c. Ex quibus conſtat, Referentem loqui de ſcriptura manu privata facta, eaque ſigillis privatorum confirmata. Cui voto tanto magis credendum eſt, quod idem quoque reperitur totidem verbis, ſed emendatius, editum ab Hadriano Gylmanno *in ſymphor. ſupplic.tom.1. lib.2.part.3. vot.5.*

23 Quin † etiam Johan.Petr Ferrar.Pap.*in form. produc.inſtrum. verb. exhibens & producens. num.12. verſ.quarto.* enumerans quinque publicorum inſtrumentorum genera: Quartò, inquit, ſcriptura, quæ habet ſcribentis & teſtium ſubſcriptionem (publicum ſcilicet inſtrumentum eſſe creditur) *l.ſcripturas C qui pot.in pign.& in auth.ibi poſita.ſi quis vult. & in c.1.extr.de teſtib. & in c.2.extra, de fid.inſtrum.* Weſembec.itemque *in paratit.Digeſt. de fid. inſtrument. numer.* 2. publicorum inſtrumentorum genera enumerans: Quintum, inquit, genus eſt ſcriptura, quæ habet ſubſcriptionem ſcribentis & teſtium, *d l.ſcripturas.* Eamque ſententiam Innoc. Laufranc. de Oriano, & aliorum Dd.eſſe indicat, tametſi ipſe exiſtimet in ſeqq. hanc ſcripturam proprie publicam non eſſe, verum à Dd. reſpectu eff.ctus publicam dici; quia fidem in judicio facit *ſecundum Innocent.in d. c.1.extr.de fid inſtrum. Lanfranc.in c quoniam frequenter.verſ.inſtrum.nu.2. extra.de probat.& Ferrar.d loc.* Joan.Althuſius quoque *in Juriſpruden. ſua Roma. lib.2.cap.29.* inſtrumenta publica a cauſa efficiente facit duplicia; alia à publicis, alia à privatis perſonis facta: Et hæc, quæ dicit à privatis fieri, ita deſcribit: A privata perſona inſtrumenta publica confecta ſunt, quæ habent ſubſcriptionem ſcribentis & teſtium, *l. ſcripturas. C.qui pot.in pign. l.contractus.17. C.de fid.inſtrum. §.1. Inſt.t.de empt.& vend. l.ſicut.8.§.non videtur. ff quibus mod.pign.ſolv.* Quod ſi verum eſt, quoad ſubſcriptionem, utrique etiam verum erit, ſi ſcriptura ſit ſigillis pleriſque privatis confirmata, ob id, quod ſigilla vim ſubſcriptionis habere dicuntur, ut ſupra probatum eſt: imo ſigillum plus, quàm ſubſcriptio operari videtur, ut de mente Caſtrenſ.eſſe tradit Purpur.*in l.admonendi. num.167 ff.de jureiurand,* quem refert Aym.Cravet, *de antiquit.temp, part.1.§.quæritur.n.44.* & Martin.Monter.*d.deciſ. Arragon.12.nu.2.*

24 Quæ ſententia † vel ideo probabilis, præſertim quoad hunc caſum, videtur; quia publicum eſt, quod palam factum eſſe conſtat; uti palàm interpretatur Johan. Brechæus *ad l.palam. 33. de verb.ſignif. & in aphoriſm.juriſprud.* Palam autem factum intelligitur, quod coram pluribus, *l.palam.33.ubi Dd.l.3.ff.de jur.fiſci.l.heredes palam.ff. qui teſtam.fac.poſſ.* Ergo & hæc inſtrumenta palam facta, recte publica dicentur; quia ex plurium ſigillorum adpenſione, ipſaque narratione conſtat, hæc coram tribus, quatuor, quinque, ſex & pluribus perſonis, viris nobilibus facta eſſe.

25 Nec impedimento † eſt, publicum dici à populo, quaſi coram populo, vel à publica populum repræſentante perſona factum, *l.bona.cum ſeqq.de verb ſignif.* Ideoque hoc differentiæ inter palam factum & publice factum eſſe, Alciat.*in d. l palam,33. in fin.* notare; quandoquidem palam fieri dicitur, quod coram pluribus. puta duobus vel tribus fit: at publice, quod coram populo, *pro quo facit d.l. heredes palam, ff. qui teſtam.fac.poſſ. l.ult.C.de jur.codicill.*

26 Reſpondetur, hanc † quidem propriam vocis utriuſq; vim eſſe: verum non una hæc publici ſignificatio eſt: nam & publicū id recte dici, quod fit multis præſentibus, *conſtat ex l ſi quis in ea.C.de cuſtod. reor.* ubi publicum teſtimonium vocatur id, quod pluribus præſentibus, ſeu coram multis dicitur. Et publicum certamen, *in l.qua actione.§.ſi in colluctatione.ff.ad l.Aquil.* non quod populo, ſed plæriſq; exhibetur gloriæ & virtutis cauſ. Et hac in parte publice & palam non differre, docet Barthol.Bertazol. *in tract.clauſul. teſtament. clauſ.31.gl.2.n.17.18 19.& 20.*

27 Deniq; hi, qui † ita ſentiunt, omnem ſcripturam dicunt eſſe publicam, cui de jure, vel ſpeciali conſuetudine creditur, *per cap.cum dilectus.extr,de fid.inſtrum. §. item verborum.Inſt.de inutil.ſtipul. Specul.d §.nunc dicendum reſtat.nu 3. Iohan.Pet.Ferrar.in form.produ.inſtrum.verb.exhibens & producens nu.12. Panorm.in d.c.2.extr.de fid.inſtrum.* Quid dicemus? ſive hanc, ſive priorem ſequamur ſententiam, vim plenæ probationis hiſce inſtrumentis, perinde ac ſi manu publica officii cauſa confecta vel conſignata eſſent, attribuemus. In eo enim utriuſque ſententiæ authores egregie conſentiunt, quod inſtrumenta à pluribus ſubſcripta vel conſignata, robur & vim publicorum inſtrumentorum habent, *ut apud Speculat.d num,2. & 3. in d.§. nunc dicendum reſtat de inſtrum.edit. Hoſtienſ.in ſum. de fide inſtrum. num.4. verſ.inſtrumento autem trium teſtium. Bartol.Bald. Cyn. Salycet.ad d.l.ſcripturas.per illum text.C.qui pot.in pign. Panorm.& Felin.num.2. in d cap.2. per illum text extr de fid.inſtrum. Roland.à Valle d conſ.84. num.5. volum.3. conſ.2.num.129. volum.1.Tiber.Decian d reſponſ.33.num.115 volum.1. Iohan.Petr. Ferrar. in form.prod. inſtrum. verb.exhibens & producens num.12. Henric.Bover. d ſingul.48.numer.20. Iacob.Menoch.d.lib.2. præſumpt.57.num.30. 31.32 33.35. Cunrad Lag. d.part 5.methodi juris civilis.numer.11.verſic.extra hos caſus. Anton.Sola in conſtitut.Sabaud.tit.de falſit.decret 72. ad majorem. gloſſ. 2.numer.2.& 3. Iohan. Sichard. in dicta l.ſcripturas. numer.7.* ubi in fine ait, talem ſcripturam à tribus teſtibus ſubſcriptam, habere vim & pondus inſtrumenti publici.

28 Et in ſpecie ſcripturam privatam † pluribus privatis ſigillis munitam, etiam nō ſubſcriptam, vim ac robur plene probandi habere adverſus eos, quorū gratia ſigillatū eſt, eorumq; heredes, præſertim ſi in ea ſit expreſſum nomen eius, vel eorum, cuius, vel quorum eſt ſigillum, & cuius

rei

rei gratia, seu quo fine sit appositum, itemque à quo, & inter quas partes, egregie probant Innocent. *in c. 1 in fin. extr. de fid instrum.* Decius *in c. post testionem. nu. 11. vers. prima conclusio. extra. de probat.* Aym. Cravett. *de antiq. tempor part.* 1. §. *quaeritur etiam, nu.* 44. Corneus *cons.* 169. *num.* 5. *&* 6. *volum.* 1. Carol. Molinæus *de consuet. Paris. tit.* 1. § 8. *gloss.* 1. *in verb. denombrement. num.* 12. *&* 13. Jacob. Menoch. *lib.* 2. *praesumpt.* 57. *nu.* 30. *& seqq.* idemq; Menoch. *lib.* 2. *de arbitr. jud. quaest cent.* 2. *cas.* 113. *nu.* 3. *& seqq. & nu.* 10. 11. 12 Joseph. Mascard. *de probat. volum.* 3. *conclus.* 1302. *nu.* 1 5. 7. 16. 17. 18. 23.

29 Cum itaque † Carol. Molin. *d. tit.* 1. §. 8 *gloss.* 1. *in verb. denombrement. n.* 12. dixisset, scripturam privatam, etsi sit sigillata, ex quo sigillantium privatorum sigilla non sunt authentica, sed privata, non magis probare, quàm scriptura privata non subscripta: mox *num.* 13. subiicit: ad duo tamen potissimum prodesse sigillum privatum: primum, ut facilius & promptius privata scriptura verificari possit: quia quanto plura signa & solennia adhibentur, tanto maior & plenior habetur ratio certitudinis & veritatis detegendæ, & minor occasio falsitatis vel erroris: secundum, ut verificato sigillo appareat intensius de complemento actus & solenni consensu & approbatione sigillantis, contra quem plene probat & præiudicat pro ratione finis, cuius gratia sigillum est appositum.

30 Verum quidem est, sigillum † per se nihil loqui, & ideo regulariter sine subscriptione vel æquipollenti nihil operari, *ut dixit Bald. in l. falsus. cir a fin. C. de furt. & voluit Acad. Ingolst ad. d. cons.* 27. *inter cons. Modest. Pist. nu.* 70. ac nuper etiam Aldobrand. recensuit *in novissimis decis. Rota Rom. part.* 1. *decis.* 535. *num.* 3. quia testis mutus & incertus est Panorm. *ad c.* 2. *extr. de fid. instrum.* Si tamen hæc tria in scriptura fuerint expressa, videlicet primò, cuius est sigillum, secundò, à quo appositum, tertiò, & propter quid appositum sit, secus est, *secundum Dec. ad c. tertio loco, in prin. extra. de probat. Martin. Monter. d. decis.* 12. *n.* 3. & sic dicit Carol. Molin. *d.* §. 8. *gloss.* 1. *in verb. denombrement. num.* 11. conciliandas esse Baldi & Bartoli *in l. ad testium.* §. *si quis ex testibus. ff. qui testam. fac. poss.* itemq; Angeli *in l. consentaneum. C. quomod. & quand. jud.* discrepantes opiniones; Bartolo simpliciter negante, sigillum aliquid absque scriptura probare, Angelo affirmante, Baldo vero declarante, dummodo scilicet aliunde constet seu appareat, à quo & ad quid sigillum sit annexum: quam etiam distinctionem sequitur Alexand. *in addit. ad Bartol. in d. l. ad testium* §. *si quis ex testib. in verb. sigillo sigillavit.* itemq; Decius *in d. c. tertio loco. in prin.*

Atqui hæc omnia in his nostris instrumentis adsunt: Aperte enim causam enarrant, nomina sigillantium exprimunt, & quinam illi fuerunt, designant, quo fine sigilla sint annexa, enunciant.

31 Neq; huic adversatur, quod † Menoch. *d præsumpt.* 57. *nu.* 36. existimat, sigillum plenam fidem non facere, sed tantum præsumptionem, cum vere plus operari nequeat, quàm subscriptio, quæ & ipsa sola præsumptionem facit; quod & plures alii asserunt, nempe in præiudicium tertii non plenam facere probationem, sed saltem præsumptionem. Quod verum est, nisi sit recognitum, ut idem Menoch. *d nu.* 40. ibidem subiicit, & respondit *cons.* 787. *num.* 1. *&* 2. post Roland. à Valle *cons.* 84. *num.* 11. *vol.* 3. Deinde in his terminis hic non versamur: cum actio cum heredibus E. von W. & T. von dem G. genant X. sit futura; aut certe cum eo, qui ab iisdem causam habet, & sic locum eorum sustinet. Nam & heres † per multas successiones accipitur, ac ultimi heredis heres primi defuncti heres est, *l. heredis.* 65. *l. sciendum est. l. heredis.* 170. *de verbor. signif. l.* 2. *de prat. stipul. l. qui per successionem.* 194. *de regul. jur.* factumque eius ratum habere tenetur, *l. cum à matre. cum ibi annot. C. de rei vindicat.* neque † melioris conditionis esse potest nobilis vir à B, modernus istarum rerum possessor, quàm eius autores, *c. vigilanti. c. fin. extr. de praescript.* ideoque omnia, quæ in hac causa probant adversus heredes ab A, probabunt etiam æque fortiter adversus hunc modernum possessorem ab A. idque argumento eorum, quæ scribit Carol. Molin. *de consuet. Paris. d. tit.* 1. *gloss* 8. *verb denombrement. n.* 15. Menoch. *cons.* 787. *num.* 11. Imo vero, sicut † instrumentum depositi inter alios celebratum probat, ita itidem instrumentum dotale facit quoque fidem inter omnes, etiam tertios, *Francisc. Virius decis.* 191. *num.* 12. *lib.* 1. præsertim antiquum, cuius magna censetur authoritas, *Bald. in l. exemplo. C. de probat. Innocent. ad c. veniens. extra de verborum signific. Univers Francofurt. cons* 31. *num.* 7. 8 *&* 9. *volum.* 1. *varior. Jurisconsultor.* & fides, *Corneus cons.* 171. *num.* 9. *&* 18. *& cons.* 333. *num.* 14. *volum.* 1.

Quod tanto magis hic statuendum est, quod omnes illi, qui sigillaverunt, viri fuere nobiles & magnifici: quorum sigilla propter probitatem, familiarum splendorem & authoritatem moribus nostris vim authenticam habere censentur. Cui etsi Academia Ingolstadiana *in d. consil.* 27. *inter consil. Modest. Pist. num.* 75. reclamet; negari tamen non potest, fidem literarum sigillis munitarum à fide & dignitate, atque integritate sigillantium quamplurimum augeri, sicut & subscriptarum fides à subscribentium autoritate & fide æstimatur. *Felin. ad d. cap.* 2. *num.* 16. *extr. de testibus.* Deinde etsi Dd. communiter *in d. c.* 2. *extra. de fid. instrum.* authenticum sigillum † interpretentur, de publico, ac si illud solum authenticum sit, quia publicam authoritatem habeat: tamen Jacob. Cuiac. *ad c.* 1. *&* 2. *extr. de fid. instrum.* hanc interpretationem reprehendit, cum authenticum non hoc, sed originale significet quodlibet, *ut & in c.* 11. *& c. ult. extr. de fid. instrum.* Originale autem sigillum tam nobilium virorum, quàm magistratuum & Universitatum esse potest. Imo authenticum † significat id, quod ratum, quod firmum, quod fide dignum est, ut interpretatur Alciat. *lib.* 2. *paretg. cap* 46. sive quod authoratum est, authore Haloandro & Petro Gregor. *in syntagm. jur. lib.* 480. *cap.* 14. *num.* 4. Atqui hæc authoritas, fides & integritas non sola est publicorum, sed multorum etiam privatorum sigillorum esse potest, præsertim virorum nobilium, & in dignitate constitutorum. Ut ideo tam stricte authenticum sigillum interpretari meritò non debuissent.

Sed

Sed nec leve fulcrum & illud adfert, quod anno 1457. P. von dem G. genant A. alienantium proavus, & respective abavus suis ipsius literis sub sigillo suo, ut sub litera G. vers Bchältlich H. von W. vnd seinen Erben/ etc. videre est, horum documentorum mentionem fecit, eoque pro veris & vim plenam probandi habentibus reputavit.
37 Sigillum † enim adversus quemque sigillantem eiusque heredes plenam fidem facere, non est ambigendum, *argum. l. generaliter. vers. nimis enim indignum esse judicamus. C. de non numer. pec. Felin. ad d. c. 2. nu. 37. vers. sed contra ipsum scribentem. per l. 2. C. de reb. alien. non alien. Dec. in d. c. tertio loco. & in d. cap. 2. extra. de fid. instrument. Bald. in l. contractus. C. de fid. instrumen. Iacob. Menoch. d. præsumpt. 57. num. 30.*

An igitur absq; recognitione his erit credendum?
38 Equidem † ignota sigilla fidem non faciunt, *secundum gloss. in c. 1. distinct. 98. Barthol. Socin. in tract. regul. & fallen. reg. 461. fallen. 1. Modestin. Pistor. d. cons. 27. num. 75. volum. 1.* ideoque ante omnia verificari debent, *Menoch. de arbitr. jud. quæst. d. cap.*
39 *113. num. 9. 10. 11.* ut probatis † sigillis probata intelligatur veritas, *Menoch. d. c. 113.* Quod si ergo sigilla nota sint, nec in controversiam vocentur, nulla recognitione vel comparatione opus est. At si negentur eorum, quorum dicuntur esse sigilla; etsi quidem propter antiquitatem à testibus ipsisve sigillantibus recognosci non possint, *Tiber. Decian. respons. 33. num. 116. volum. 1.* tamen ut
40 plenam † fidem faciant, necesse erit, per comparationem vel alia argumenta judici indubitatum vel certe probabile reddere, sigilla hæc vera esse, & quidem eorum, qui sigillasse scribuntur, *per ea quæ respondit Tiber. Decian. d. respons. 33. num. 116. volum. 1. post Corneum cons. 169. num. 6. volum. 1. Carol. Molin. d. § 8. verb. denombrement. num. 12. verb. aut aliàs verificat. Barthol. Socin. d. reg. 461. in princip. in verb. si in his plura concurrant. Felin. in d. cap. 2. nu. 37. in fin. vers. adde quod ad probandum.* ubi tradit, ad probandum sigillum alicuius esse, locum comparationi dari, *ut eleganter Hostiens. & alii docuerunt in cap. quod super his extr. de fid. instrum.* Quod argumentum etiam à subscriptione testium defunctorum comprobatur. Nam ex quo mortui illi sunt, scripturam suam non possunt recognosce-
41 re. At si † comparatione subscriptiones certæ reddi possunt, utique probant & fidem faciunt etiam contra tertium, *Menoch. d. cons. 787. num. 3. Hostiens. in summ. de fid. instrumen. num. 4. vers. instrumento autem trium. verb. vel alias per comparationem probari non possit.*

42 Itaque non obstat, † quod Specul. *in d. § nunc dicendum restat n. 2. vers. quinto dicitur in fin. per text. in d. c. 2.* dixit, mortuis testibus non valere instrumentum subscriptum: quoniam hoc dictum Speculatoris eo, quo diximus, moderamine accipiendum esse, tum ex Hostien. & Felin. itemq; Panorm. tum ex Tib. Decian. *d. resp. 33. n. 116.* Dec. *in d. c. tertio loco. in princ.* Carol. Molin. *in d. verb. denombrement. n. 12. & 13.* aliisque multis autoritatibus constat.

Hæc autem probatio & comparatio sigillorum in hoc casu tanto melius fiet, quod optime ea sumi potest ex prædicto instrumento litera G. consignato; itemq; ex eo, quod litera L. notatum nuper dicitur T. repertum in communi archivo heredum ab A. in A. M. præsertim si eo adversarii pro se uti velint, & sic sigilla illa vera esse re ipsa fateantur, *Francisc. Bursat. cons. 145. nu. 10. & 11.* juxta pervulgatam regulam, quod quisq; adversus alium æquum arbitratus est, adversus se etiam admittet, *l. 1. ff. quod quisq; jur.*

Cæterùm si non possent hæc sigilla † compa- 43
ratione verificari, etsi quidem propter antiquitatem præsumptionem nihilominus facerent, vel etiam semiplenam probationem, *Felin. in d. c. 2. nu. 10. extr. de fid. instrum.* plenam tamen probationem non inducerent, *secundum Molin. d. § 8. verb. denombrement. nu. 17.* quod etiam voluit Academia Ingolstad. *in d. cons. 27. n. 70. & 74.* Qua de causa parte adversa nolente agnoscere, aut diffidente hæc sigilla, in eo omnino laborandum erit, ut sigilla comparatione, aliisque argumentis verificentur, *juxta ea quæ Menoch. d. cas. 113. num. 9. 10. & 11. & in d. præsumpt. 57. in fin. proposuit, & voluit Martin. Vranens cons. 44. n. 6. vol. 2.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

VTrum autem magis credendum, huicne, quod litera A. consignatum à parte N. profertur, an vero illi, quod litera I. insignitum nuper ab eius adversariis fertur Tr. repertum? Perplexa certe & difficilis quæstio est, quæq; in varias partes se flectit, aliaque multa secum in dubium trahit. Cur autem huic posteriori reperto, non illi priori magis sit credendum, hæ videntur urgere rationes.

Nam primò expeditum est, hoc posterius altero litera A. notato longe plenius & perfectius esse; quia multo plura cõtinet, nempe subsignatas clausulas. At quando duo † instrumenta de u- 44
no eodemq; actu proferũtur à diversis, quorum unum continet plus, quàm alterum, statur illi, quod plus continet, *Philip. Corn. cons. 243. num. 17. vol. 3.* Quoniam in instrumento, inquit, quod minus continet, potuit esse omissum per errorem, & ideo non debet vitiari tanquam contrarium: vel, ut declarat Bald. *in l. imperator. num. 4. ff. de stat. hom. per l. Sempronius. ff. de legat. 2.* si una scriptura
potest † reduci ad aliam, ut in summis, statur mi- 45
nori summæ: ubi vero reductio fieri non potest, statur pleniori scripturæ, *Alexand. cons. 70. num. 7. vol. 1. Nicol. Boër. decis. 252. n. 11. per l. si quis ex argentariis. § si initium. ff. de edend. l. si ita scriptum fuerit. 47. ff. de hered. instit.*

Deinde ampliori † instrumento, veluti di- 46
gniori, *Bart. in l. scriptura. C. de fid. instrum. per l. optimam. C. de contrah. & commit. stipul.* potius credendum esse, quàm alteri, in quo eiusmodi clausulæ sunt omissę, videtur velle idem Philip. Corn. *consil. 131. n. 1. vol. 1.* Digniori enim standum esse, diserte voluit Salycet. *in d. l. scriptura. post Bartol. Cyn. in l. in exercendis. quæst. 2. C. de fid. instrum. Panorm. in cap. imputari. extra. de fid. instrument.* Dignius † au- 47
tem est expressum tacito, propositum omisso; quoniam expressum prævalet tacito, atque efficacius operatur, quàm tacitum, *l. nonnunquam. ff. de condit. & demonstrat. l. expressa. ff. de regulis juris.*

Tertiò,

48 Tertiò, quodlibet † instrumentum in dubio licitum, legitimum & per se optimum ac minime falsum præsumitur, *Phil. Corn. consf. 223. num. 6. vol. 2. per l. precibus. C. de probat. l. merito. ff. pro soc. Rol. à Valle consf. 40. in prin. vol. 2. Bursat. consf. 153. nu. 44. consf. 175. nu. 9.* ubi dicitur instrumentum quodlibet veritatis, legalitatis, ac justitiæ præsumptionem præ se ferre, non autem fictionis, simulationis & fœnoris, *allegans Bartol per illum text. in dict. l. cum precibus. C. de probat. & in l. rogasti. §. si tibi. ff. de reb. cred. si cert. pet. Iaf. ad l. 7. §. quod fere in 2. not. ff. de pact. Alciat. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 13. numer. 9. Aym. Cravetta consil. 48. num. 8. consil. 145. numer. 2. Anton. Natta consil. 635. num. 9. Socin. consf. 8. colum. 3. volum. 3.*

Quod quartò hic tanto magis urgere debet, quod utrumque instrumentum ab iisdem nobilibus & egregiis equestris ordinis viris veluti testibus & negotium totum conficientibus consignatum sive sigillatum est: quorum fides & autoritas non patitur, ut aliquid falsi, simulati &
49 iniqui præsumatur: quippe quod bona † fama, vita honesta, conditio laudabilis, dignitas & qualitates graves tollunt & abstergunt in dubio omnem simulationis ac falsitatis maculam, *c. si quis. 38. distinct. c. absit. 2. q. 5. Bald. in l. creditores. C. de privileg. credit. Bursat. d. consf. 153. n. 43.*

Quintò, ea, quæ in hoc nuper reperto ab heredibus de A. instrumento litera I. consignato ulterius ac plenius, quàm in altero, quod litera A. notatum est, continentur, compatibilia sunt, neque se invicem destruunt. Non enim pugnat cum oppignoratione castri A. M. quod in vers. Forth so soll D. fürgtc. widergeben / zc. potestas datur D. von G. genant A. ut ab A. von M. redimat fundum hereditarium cum 25. aureis Rhenensibus: neque cum facultate redimendi pugnat, quod pactum additur, ut si redimere velint, redimant sua propria pecunia, ut est in vers. Vnd sollen die löse thun / zc. vox Item q; , schwere Rheinische / nullam arguit contrarietatem, sed vocem, Gülden / quæ dubia esse poterat, explicat, ut & in instrumento litera A. notato reperitur in prima clausula. daß H. vnd G. verb. sechs hundert gute schwere Rheinische Gülden / zc. ut ideo hac in parte non tam diversum sit, quàm plane idem cum illo instrumento. At quando
50 duo † diversa instrumenta eodem die ab iisdem de eadem re confecta, non ab eodem, sed à diversis producuntur, si hæc, in quibus dissentiunt ac diversa sunt, inter se sunt compatibilia, utriq; in suis terminis standum est, *Panorm. in c. imputari. col. 1. vers. gl. 2. facit tria. verb. sunt enim hæc compassibilia, Felin. num. 9. extr. de fid. instrum. Iohan. Petr. Surd. consf. 35. num. 3. consf. 141. num. 5.* Stabitur hic itaque etiam utrique, & unum ex altero explicabitur & amplificabitur.

51 Sextò, contractus hi † sunt correspectivi, cum de eadem re, eodem die inter easdem partes coram iisdem testibus convenerint, *per doctrinam Baldi in repetit. l. petens. col. penul. C. de pact. Phil. Corn. consf. 36 num. 14. & 15. vol. 2. Decius consf. 606. nu. 10. Francisc. Bursat. consf. 175. nu. 1. & 23. Ioseph. Mascard. de probat. conclus. 924. num. 1. Iohan. Petr. Surd. consilio 217. num. 7. per l. lecta. vers. dicebam. ff. de rebus credit. si cert. petat.* Ideoque alter ab altero separandus non est: siquidem alter alteri inesse credendus est. *per l. juris gentium. 7. §. quinimo. ubi Dd. ff. de pact. Bald. in l. pen. § mulier. ff. solut. matrimon.* etiamsi pactum factum sit in instrumento separato, *Iohan. Petr. Surd. consil. 217. nu. 7. vers. qui duo loquuntur. allegans Iaf. consf. 101. num. 10. vol. 4. & Dec. consil. 45. num. 32.*

Septimò, non est præsumendum, † contrahentes se in continenti correxisse vel corrigere voluisse, *Iohan. Petr. Surd. consf. 10. num. 6. consf. 241. num. 19. consf. 294. num. 1. per l. nisi ad ea legata duntaxat. ubi gloss. ff. de condit. & demonstrat. textus elegans in l. præcipimus. in fin. C. de appellat. & l. sancimus. C. de testament. l. cum hic status. §. 1. in fin. ff. de donat. inter vir. & uxor. l. cum qui. ff. de probat.* Ac si utrique standum non esset instrumento, partes in continenti se correxisse omnino concedere necesse esset. In continenti † enim fieri intelligitur, 53
quod eadem die eodem negotio durante peragitur, *l. 1. §. 1. l. continuus. ubi Dd. ff. de verbor. signific.* Non ergo concedendum est, ut altero posthabito, alteri tantum in hac causa stetur.

Octavò, si idem † contractus ab iisdem bis 54
fiat, ultimus non tenet, & ex primo agendum est, *l. qui bis idem. ubi Bartol. Bald. Castr. Alexand. Iaf. dari. ff. de verborum obligat.* Atqui probabile est, contractum, qui litera A. insignitus est, non præcessisse illum, qui litera I. designatus, nuper Tr. repertus profertur: cum principale † sit ante 55
accessorium, neque pacta potuerint principem contractum præcedere: uti nec quietatio præcedit obligationem. Neque negari potest hoc, quod amplius est in hoc altero instrumento, pertinere † ad contractus substantiam, quando 56
concernit rem in contractum deductam, *Alciat. consil. 44. numer. 4. 5. 6. 7. volum. 8. Iohan. Petr. Surd. consil. 217. numer. 24.* Igitur ex hoc veluti primo, & non ex A. veluti illo, qui non tenet, erit agendum.

Nonò, consuetum pactum † ac minime prohibitum hoc posterius continere videtur, tum 57
quod quisque certus esse vult de firmitate solutionis, ac dominio per solutionem in se transferendo: tum quod quisque censetur ita contraxisse & stipulatus esse, uti consuevit, neque insolitum pactum esse, *Francisc. Bursat. consf. 190. n. 26. per l. quod si nolit. §. si arduo. ff. de ædil. edict. Bertachin. de gabell. 2. part. princip. num. 11.* tanta potissimum antiquitate concurrente, cuius magna authoritas esse dicitur, *Acad. Francofort. consil. 32. num. 7. volum. 1. varior. Jurisconsultor. per cap. cum causam. cum ibi annot. à Panorm. Felin & Dec. extr. de probat. cap. ad audientiam. extr. de præscript. Guido Papa singul. 480. Ioseph. Mascard. de probat. volum. 3. c. 1294.* ut quamvis hodie hoc pactum, Mit ihrem properem eigenem Gelde / possit fortasse in dubium vocari, utrum consuetum sit, necne? olim tamen consuetum fuerit, & quidem tunc temporis, cum contraheretur. Atqui si quæstio sit de contractus † validitate & acquisitione inspicimus ini- 58
tium conventionis, non quod postea evenit, *per l. 8. versic. uniuscujusque. ff. mandat. l. 1. §. idem Pomponius quærit. vers. quia hic est primus contractus. ff. deposit. Hieronym. Cagnol. ad l. qua legata. 18. num. 4. ff. de reg. jur.*

Decimò, adjectivum † qualificat subiectum, 59
cui

cui apponitur, *Bartol. in l. cum filiosfamilias. circa fin. ff. de legat.* 1. *ibidem Socin. numer.* 262. *Hippol. de Marsil. fingul.* 250. *Iohan Petr. Surd. conf.* 32. *numer.* 42. *per l. mariti lenocinium. § final. ff. ad leg. Iul. de adult. § praeterea. Instit. de inutil. stipulat. cap. licet canon. junct. cap. statutum. de elect.* 6. Subiectum est, contractus prior, litera A. consignatus; alter est adiectivum eius. Qualificat igitur hoc posterius instrumentum contractum priorem. Quod autem sit istius adiectivum, per se patet: quoniam adiicit aliquid, quod priore non continetur.

Undecimò, si nullo horum posset hoc posterius repertum instrumentum sustineri, cum à diversis veniant producenda; quoniam sunt aequales scripturae, & se invicem elidunt; utique
60 pars † rea erit absolvenda, *Nicol. Boër. decis.* 252. *numer.* 9. *Felin. in d. cap. imputari. extra. de fid. instrument. numer.* 8. ubi dicit, si contrariae scripturae producantur à diversis personis, caeteris paribus (hoc est, quando utrinque ratione temporis, loci, personarum, dignitatis, fidei, paritas est) infertur absolutoria, *cap. inter dilectos. in fin. extra. de fid. instrument.* Quoniam actor, qui probare tenetur, *l.* 2. *l. Actor. l.* 23. *C. de probat. l. final. C. de rei vindicat. l. qui accusare. C. de edend.* non probavit, *Felin. d. numer.* 8. *Nicol. Boër. d. numer.* 9. saltem eius probatione per contrarium instrumentum elisa, *ut dicit Speculat. in tit. de instrument. edit. § postremo. versic. sed pone produco. Bald. & Imol. in l. cum proponebatur. & in dicta l. Sempronius. ff. de legat.* 2. *Bartol. Bald. Salyc. ad dict. l. scriptura. C. de fid. instrum.* Actoris autem partes sustinebunt procul dubio in hac causa N. eiusque sorores, aut vice eorum, C. von der W. Ideoque sibi succumbendum esse, absoluto reo, metuent.

Contra vero his non obstantibus, non huic posteriori litera I. notato, sed superiori litera A. consignato fidem, & quidem plenam attribuendam esse multae gravissimae rationes urgere
61 videntur. Et quidem primò quod † exorbitantia sunt restringenda, veluti odiosa, *cap. quae à jure. de regul. jur. in* 6. *Alciat. respons.* 8. *num.* 32. *lib.* 9. *Modestin. Pistor. consil.* 9. *numer.* 15. *volum.* 1. *Corne. consilio* 195. *num.* 16. *volum.* 1. *consil.* 21. *num.* 4. *volum.* 3. neque facile admittenda, neque praesumenda, sed fortiter probanda, *Bald. in l. si quis non dicam. Cod. de Episcop. & cleric. referens Iohan. Andr. in cap.* 1. *extra. de temp. ordin. Corne. consilio* 88. *numero* 4. *volum.* 1.

62 Pactum autem † illud, Mit jhrem proper eigenem Gelde/ est exorbitans, cum facultas luendi pignoris debeat esse libera, adeo ut etiam jus offerendi non debeat denegari penitus extraneo & nullum jus habenti in re, *per l. solummodo. ff. de negot. gest. l. solutionem. ff. de solut. Anton. Negusant. de pign. & hypoth. part.* 5. *membr.* 3. *num.* 39 *post Angel. Castrens. & alios in l. tale pactum. § post divisionem, per illum textum. ff. de pact.* ideoque odiosum, & consequenter per praedictum nuper repertum instrumentum fortiter nihil probatur. Contra-
63 rietas enim † illa, quae est inter duo haec instrumenta, facit, ut per hoc posterius fortiter non probetur id, quod amplius in eo, quàm in isto continetur, *per d. l. scriptura. C. de fid. instrum. c. imputari. cum ibi annot. ex eod.*

Quod si quis neget inter haec contrarietatem esse, & contendat, utrumque simul propter compassibilitatem † consistere posse, hunc o- 64
portet hoc etiam largiri; tum unum ex altero, & quidem ita instrumentum I. ex A. & C. supplendum esse, ac si ibi hoc modo scriptum esset: Vnd wanneh H. oder G. von W. oder jhr Erben/oder Helder dieses Brieffs mit jhrem Willen wilt/ so mögen sie das vorgemeldte Gut zu A. M. mit aller seiner Zubehörung/als vorges. &c. stehet/ wider lösen vor siebenhundert schwere Rheinische Gülden / vnd sollen die Löse thun mit jhrem proper eigenem Gelde/&c. ut sensus coniunctus simul his instrumentis sit; Si H. eiusve frater, vel eorum heredes, vel quicunque alius possessor instrumenti reluitionis, qui horum fratrum, vel heredum consensu ac voluntate id habet, velint reluere, hoc facere debeant, tam hic possessor sive cessionarius, quàm illi propria sua, non aliena pecunia. Atque ita efficietur, ut coniunctis his simul instrumentis, non intelligatur Helder dieses Brieffs exclusus & remotus. Nam quae instrumenta de eodem negotio juncta simul compassibilia censeri debent, ea oportet quoque se invicem ita supplere, ut nulla contrarietas resultet, sed unum alteri inesse censendum, *Bald. in d. l. petens. C. de pact. Corn. consil.* 243. *num.* 17. *volum.* 3. *Iohan. Petr. Surd. d. consil.* 141. *num.* 5. *Domin. de S. Gemin. cons.* 76. *colum.* 4. *in fin. vers. praeterea quando producuntur. Alexand. cons.* 170. *num.* 1. *lib.* 6. *per cap. cum Iohannes. ibi Innocent. circa fin. extra. de fid. instrument. Thom. Grammat. decis. Neapolit.* 103. *num.* 159. maxime cum sint eadem die inter easdem personas coram eisdem testibus, & sic correspective facta, ut unum se ita ad aliud habeat, ut quod in uno est, etiam ad aliud se habeat, ac pertineat, eique insit, *Ias. in l. lecta. vers. secundo pondero, per illum text. ff. de reb. credit. si cert. petat. Bald. in d. l. petens. Decius cons.* 265. *vers. cum quaestio. Thom. Grammat. d. decis.* 103 *n.* 157. 158. 159.

Secundò, primum illud litera A. consignatum, concurrens habet testimonium, quo vehementer adiuvatur, literas scilicet reversales litera C. designatas: in quibus D. vom G. genandt A. vnd E. von W. seine Haußfraw / biduo post, nempe sexta feria post Dominicam Oculi, omissa hac clausula de propria pecunia, itemque ea, quae est in d. versic. Fort so soll D. &c. profitentur, se jure pignoris accepisse, & custodituros esse hoc praedium A. M. secundum jura pignoratitia & antichreseos, Vnd wann H. vnd G. von W. oder jhre Erben / oder Helder dieses Brieffs mit jhrem Willen wilt / vnd vns zuvor ein halb Jahr aufffündigen / so sollen wir / noch niemandt von vnsernt wegen gegen die Löse thun/ &c. Item paulo post: So mögen sie das vorige Vnderpfandt lösen vor siebenhundert Rheinische Gülden/ gleich als das auch in dem Brautbrieff beschrieben stehet/ &c. Atque ita in his clausulis principalibus conveniunt haec duo instrumenta A. & C. Neque dicas, imo additur, Gleich als das auch in dem Brautbrieff stehet: Ergo per haec verba non excluditur, sed potius includitur id, quod amplius scriptum reperitur in instrumento I. signato nuper reperto. Consequentia certe neganda est, neque sustineri potest, propter clausulam praecedentem, Oder Halder dieses

 Brieffs

Brieffs mit jhrem Willen/ꝛc. Quæ verba excludunt illa, mit jhrem properem eigenem Gelde/ꝛc. ut per se apertum est. Cui instrumento C. tanto maior fides habenda est, quod ab heredum de A. abavo & abavia autoribus suis & conditoribus huius contractus promanat, qui non solum ipsi suum sigillum appenderunt, sed insuper etiam A. D. rogaverunt, ut is unà cum ipsis sigil-
65 lum suum adiiceret: sicut † enim contra scribentem, *Aym. Cravett. consil. 815. numer. 14. versic. ceterum. Speculat. de instrument. edit. §. nunc dicendum restat. numer. 5. 6. & 7. Ioseph. Mascard. de probat. volum. 3. conclus. 1294. num. 2. & volum. 1. conclus. 109. num. 9 conclus. 111. num. 20. & 22. Castrens. num. 40. & 41. Iason num. 76. & seqq. & in repetit. num. 90. 91. & seqq. ad l. admonendi. ff. de jurejurand. per l. Publia. ff. depos. l. generaliter. C. de non numer. pecun.* & sigillantem, *Francisc. Bursat. d. consil. 39. num. 26. Henric. Bover. singul. 49 numer. 4. Ioseph. Mascard. d. volum. 3. de probat. conclus. 1302. numer. 1. per gloss. in l. si procuratorem. verb. intelligendum. ff. de procurat. & in l. distrahente. Cod. de reb. alien. non alien.* ita etiam adversus heredem eius, heredisque heredem, & singulares successores, *plene probat Iohan. Baptista de Plotis in l. si quando. num. 174. C. unde vi. Aym. Cravett. de antiquit. tempor. part. 1. §. viso de verbis enunciativis. numer. 2. 15. 16. per dict. l. Publia. § final. ff. depos. dict. l. generaliter. & authent. contra qui propriam. Cod. de non numer. pecun. l. cum de indebito. §. final. ff. de probat. Speculat. d. § nunc dicendum restat. numer. 5. 6. 7. Ioseph. Mascard. d. conclus. 109. num. 3. Petr. Iohan. Ancheran. lib. 2. quæst. 2. num. 22.* non attento
66 eo, † quod Abbas & Decius *numer. 6. in cap. 2. extra. de fid. instrument.* voluerunt, in præiudicium tertii privatam scripturam, vel sigillum etiam in antiquis plene non probare, hac ratione moti, quod non erit in potestate debitoris præiudicare tertio: Quod verum est, quoad tertium, qui causam suam à debitore illo non habet, secus si ab eo causam suam post instrumentum constitutum acquisitam accepit, ut recte explicat Aym. Cravett. *d. num. 2. 15. & 16.* & comprobat Petr. Johan. Ancheran. *d. quæst. 2. nu. 22. lib. 2.* sicut enim in eo cessat Abbatis & Decii ratio, ita etiam decisio.

67 Quemadmodum † autem duo vincula fortius ligant, quàm unum, *Bald. in l. 1. colum. penult. Cod. de furt. Anton. Natta consil. 74. num. 6. Iohan. Petr. Surd. consil. 31. num. 6. per cap. 1. extra. de treug & pac. l. penultima. §. si vero. Cod. de adopt.* ac duobus tribusve testibus plus creditur, quàm uni, *l. ubi numerus. ibi Doctores. ff. de testibus, cap. in omni. cap. ve-*
68 *niens. extra. eod.* Sic etiam huic † instrumento, quod adminicula plura habet, & per aliud instrumentum de eodem negotio confectum adjuvatur, plus fidei tribui debet, quàm alteri, quod his adminiculis & hoc auxilio caret, argumento eorum, quæ disputat de instrumentorum reprobatione per instrumenta *Hippol. de Marsil. ad rubr. C. de probat. num. 42. & multis seqq. & Ioseph. Mascard. volum. 2. de probat. conclus. 912.* & quod idem Mascard. *d. volum. 2. conclus. 923. num. 8.* scribit, quando plura extant instrumenta, in quibus idem enunciatur, tum in antiquis hoc enunciatum probare, *secundum Bald. Salycet. & alios in l. cum antiquis. C. de jur. delib.* Ergo cum hæc duo instrumenta idem enuncient & concordent, utique etiam hoc enunciatum plene probant, non obstante altero illo hoc auxilio & his adminiculis carente. Quinimo si unum instrumentum melioribus adiuvetur adminiculis, quàm aliud, tunc præferendum esse illud, quod adminiculis illis utitur, diserte docuit Bald. post gloss. *in l. optimam. C. de contrah. & commit. stipul.* & Nicol. Boër. *decis. 252. n. 7.*

Tertiò, etsi instrumentum faciens † mentio- 69
nem de alio, regulariter non probat, nisi constet de relato, *authent. si quis in aliquo. C. de edend. ubi Dd. Ioseph. Mascard. d. volum. 2. de probat. conclus. 923. numer. 1.* tamen si hoc instrumentum se ad aliud referens continet perfectam orationem, certamq; rem & dispositionem plenam, seu id expresse & specifice contineat, quod in relato continebatur, plene ac perfecte hoc ipsum probat, de quo loquitur, *argum. l. 3. C. ad leg. Cornel. de fals.* ut multis authoritatibus confirmat Joseph. Mascard. *d. conclus. 923. num. 6.* præsertim si antiquum sit factum, hominum memoriam egrediens, *Mascard. ibid. nu. 7.*

Atqui hoc instrumentum litera C. notatum referens se ad dotale instrumentum, quatenus in eo obligatio & luitio pignoris deß Hansen A. M. descripta est, certam rem & dispositionem plenam continet, habetque perfectam orationem. Ergo etiam plene hunc contractum probat, etiamsi non posset proferri instrumentum dotale. At dum hoc nempe A. profertur, cum quo omnino consentit & concordat, tanto magis probat, & infringit alterum illud T. nuper repertum, *per doctrinam Hippol. de Marsil. ad rubr. C. de probat. à num. 42. & deinceps.* ubi docet, instrumentum † instrumentis reprobari, *& per d. authent. si* 70
quis in aliquo. C. de edend. & reliqua, quæ scribit Ioseph. Mascard. d. conclus. 923. quando referenti plenam tribuit fidem, ubi de relato constat, idq; in probante forma profertur.

Quartò, quando profertur † instrumentum, 71
quod inter easdem partes factum est, de eadem re, de qua potuerunt illud de novo conficere, quo probatur, aliud enunciatum instrumenti, quàm alio aliquo instrumento continetur, tum aut standum est posteriori, plenam enunciationem continenti, *per l. optimam. C. de contrahend. & committend stipulat. Bartol. in l. sciendum. ff. de verbor. obligat. & in d. authent. si quis in aliquo. C. de edend. Barthol. Socin. consil. 266. nu. 1. volum. 2.* aut quærenda est commoda interpretatio, vel distinctio, quà inter se concilientur, *Panorm. colum. 3. Felin in d. c. imputari. num. 9. extra. de fid. instrument. Nicol. Boër. decis. 252. num. 7.* Et quamvis quoad prius illud pluralitas † actuum sive contractuum non præ- 72
sumatur, *Bald. in l. 1. C. quando provoc. non est necesse. l. neque natales. versic. circa hoc tamen. C. de probat. & in l. 2. C. de error. advoc. per gloss. in l. eum qui. §. in popularibus. ff. de jurejurand.* tamen si appareat † actus 73
sub duplici forma factus, secus esse docet Felin. *in cap. cum Iohannes. numero 8. extra. de fide instrumentorum,* quia præsumitur fuisse iteratus, *secundum Bald. in dicto cap. cum Iohannes. per illum textum. versic. ad hoc autem. Angel. in l. scire debemus. ff. de verb. obligat.* ...

Atqui

Atqui ex collatione horum litera A. & C. si-
gnatorum instrumentorum, itemque nuper re-
perti instrumenti litera I. signati collatione du-
plicitas formæ celebrati contractus ratione pa-
ctorũ illorum. Helder deß Brieffs. ic. Mit jrem
properem eigenem Gelde/ic. apparet, ita ut hoc
posterius in A. & C. fuerit omissum, ac prius pa-
ctum repetitum, ac ratificatum biduo post,
quàm alterum illud I. esset confectum. Ex quo
quid aliud concludendum est, quàm duplicitas
actuum sive contractuum? quia etsi prius pla-
cuit; prout in instrumento descriptus est, postea
tamen iteratus est, & placuit posterior, de quo in
A. & C. notatis instrumentis.

Quod vero ad posterius attinet, si dari nolit
pluralitas & iteratio contractuum, sed ad inter-
pretationem veniendum sit, utique nulla com-
modior, nulla melior, nulla verbis & rationi
convenientior, nulla verosimilior interpreta-
tio dari poterit, quàm hæc ipsa, quæ supra allata
est, ut instrumento I. inesse intelligantur etiam
illa verba, Oder helder dieses Brieffs mit jhrem
Willen/ic. ac vice versa instrumento A. & C. in-
sit illa clausula, Mit jhrem properem eigenem
Gelde/ic. quæ amplior reperitur in instru-
mento I. ut sensus sit unus omnium horum in-
strumentorum, veluti correspectivorum, ut
quicunque hoc pignus luere velit, sive sit H. &
G. vel eorum heredes, aut cui hoc instrumen-
74 tum cesserunt, is faciat hoc ipsum † sua ipsius
pecunia, non aliena, quæ vi fortasse, vel furto
sublata, aut quo alio vitio infecta, vel quæ pu-
pilli, minoris, prodigi, aut furiosi, vel socii sit pe-
cunia, ut per numerationem dominium eius in
accipientem non possit transire, sed opus sit
consumptione, *ut exempla extant in l. rogasti. 11.
§. si fugitivus. l. si à furioso. 12. l. seq. l. si socius. 16. ff. de*
75 *reb. credit. si cert. pet.* Nam quæ † interpretatio
maxime est verosimilis, & juri consentanea, cæ-
teris est præferenda, *Bald. consil. 343. volum. 1. Dec.
in cap. proposuisti. numer. 16. extra. de probation. Me-
noch. consilio 80. numero 38. Cravett. consil. 135. nu-
mer. 33.*

Quod quintò hoc nostro casu tantò magis di-
76 cendum est, ut evitetur † instrumentorum con-
trarietas. Nam, ut idem Felin. *in d. c. cum Iohannes.
num. 9. per c. cum tu. extra. de testib. post Cardinal. ibid.
ac Bald. in l. in exercendis. vers. adde in ista materia. C.
de fid. instrum.* autor est, quando agitur de concor-
dandis dictis testium contrariis in dubio, si aliter
per commodam interpretationem ad concor-
diam redigi non possint, pluralitas actuum &
iteratio contractuum potius præsumi debet;
quàm contrarietas permitti, quia ut Bald. *in d. l. in*
77 *exercendis.* ait, per distinctionem † temporum vel
locorum in actu iterabili salvantur probationes,
nisi per confessionem partium vel testium con-
stet de unico actu: nam tunc interdum facit pro-
bationem concludentem trahendo dictum ad
dictum, ut in isto textu: interdum facit eum con-
trariantem, ut in testibus Susannæ.

78 At quæ ratio interpretationis † circa testium
contrarietatem servanda est, hæc etiam sequen-
da circa instrumentorum contrarietatem à di-
versis productorum, *per doctrinam Nicol. Boër. in d.
decis. 252. num. 7. vers. vel etiam si salvari possint.* (ut
dictum est) aliqua interpretatione etiam, *Felin.
in d. c. imputari. num. 9. extr. de fid. instrum. post Bartol.
in l. fin. §. idem quæsit. ff. de cond. indeb. Salycet. ad dict. l.
scripturæ. colum. ult. C. de fid. instrum. per text. in c. dile-
ctos. in fin. vers. eo modo, quo magis. extr. eod.* per quem
text. ibi Dd. negant, quod instrumentum ha-
bens in se repugnantiam in verbis sub divisione
ad concordiam reduci debeat, *& per c. periculose.
de pœnis. distinct. 1. c. cum dilectus. cum gloss. in verb. juri
communi. extr. de consuetud.* & in terminis nostris
Felin. *d. num. 9.* dicit, contrarietatem scriptura-
rum posse tolli per aliquam divisionem, vel sa-
nam considerationem, puta per distinctionem
temporum & locorum: quia tunc utrique scri-
pturæ creditur in suo casu & tempore, *secundum
Bald. in l. in exercendis. colum. 4. C. de fid. instrument.
qui allegat l. item videndum. & l. illud. ff. de pet. hered.*
Dicit itemque Corneus *dicto consil. 243. nume-
ro 17. volum. 3.* scripturas concordari, prout te-
stes.

At instrumenti C. tenor ostendit, cum istud
nuper T. repertum I. quarta feria post Domini-
cam Oculi anni 1426. factum esset, biduo post,
nempe sexta feria post Dominicam Oculi subse-
cutum esse illud alterũ litera C. signatum, quod
plane eiusdem tenoris est, quoad contractum pi-
gnoris ac pactum reluitionis, cum instrumento
A. notato. Ex quo colligitur hoc, quod A. nota-
tum est, posterius esse, & solum biduo post pla-
cuisse, repudiato altero I. signato, quod nuper T.
inventum dicitur. Et sic recte ad concordiam re-
diguntur, & creditur utrique in suo tempore &
casu.

Quia vero † actus sequens tollit priorem sibi 79
contrarium, *Ioh. Petr. Surd. cons. 136. nu. 42. per l. mu-
lier. §. fin. ff. quod met. caus.* ut dicimus de eo, qui fa-
cit actum contrarium protestationi; is enim vi-
detur à præcedente protestatione discedere, *Bar.
in l. non solum. §. morte. n. 17. ff. de oper. novi nunc. ibid.
Ias. n. 14. Felin. in c. cum M. Ferrariensis. nu. 44. vers. est
enim regulare. extr. de constit. Matth. de Afflict. decis. 78.
nu. 5. & 6. Hippol. de Marsil. ad rubr. de fidejuss. nu. 164.
Aym. Cravett. pro genero. num. 109. per l. de lege. §. fin.
l. post diem. ff. de lege commiss.* ubi qui petit pretium,
renunciare censetur resolutioni contractus,
quem poterat allegare infirmum vel nullum:
Et pacta † novissima derogant prioribus, estque 80
novissimis standum, *l. pacta novissima. C. de pact. Mo-
destin. Pistor. cons. 45. num. 21. volum. 1. Simon. Pistor.
cons. 20. nu. 22. vol. 1. inter consil. Modest. Pistor. Fran-
cisc. Bursat. consil. 47. num. 6.* maxime si qua sit inter
ea incompassibilitas, *Bald. in d. l. pacta novissima.*
At si quis ita velit instrumentum I. interpretari,
ut cum ibi verba, Oder helder dieses Brieffs mit
jhrem Willen/ic. sint omissa, ac alia clausula de
propria pecunia subdita, mit jhrem properem ei-
genem Gelde/ ideoque nullum extraneum, vel
cessionarium posse hoc pignus redimere, nec et-
iam licere oppignorantibus ac eorum heredi-
bus pecuniam ad hoc faciendum mutuo acci-
pere; summa certe incompassibilitas inter A. &
I. in hoc esset futura; quia prius illud instrumen-
tum A. quemcunque etiam specialem successo-
rem ad redimendum admitteret, per verba,
Oder helder dieses Brieffs mit jhrem Willen/ic.
hoc posterius litera I. specialem successorem pe-
nitus

nitus excluderet. Qua de causa etiam isti, quod sexta feria post Dominicam Oculi placuit, ut novissimæ conventioni standum esset, *per d. l. pacta novissima.*

81 Sextò non est dubitandum, contractus † resolutionem fieri per quandam mutuam pœnitentiam, *l. 1. ibi nota. C. quando lic. ab empt. disced. Ioh. Petr. Surd. d. consil. 136. num. 27.* & posse pacto contrahentes à priore placito, quo jus quæsitum erat, recedere, ac nova pacta facere, *Bartol. in l. qui Romæ. § Flavius. ff. de verborum obligat. Decius consilio 468. num. 28. consil. 498. num. 19. Tiber. Decian. respons. 7 num. 112 & 113. volum. 1.* Ideoque cum sexta feria post Dominicam Oculi placuerit illud, quod A. & C. expressum est: utique censendum est, propter incompassibilitatem ab instrumento I. quadam pœnitentia mutua partium voluntate recessum esse: alioquin enim D. von G. & E. von W. proprio suo sigillo unà cum Th. D. sexta feria post Dominicam Oculi non constituissent potestatem luendi pignoris eodem modo, quo A. conscriptum est, *arg. l. cum de indebito. ff. de probat.*

Septimò, N. veluti heres H. von W. certat de damno vitando, A autem de lucro captando, idque evidentia facti ostenditur: siquidem nobilibus ab A. amplius nihil in hoc prædio A. M. debetur, quàm dos proavita, sive abavita sexcentorum aureorum, & centum aureorum pro meliorationibus: & in eo omnia instrumenta conveniunt. Pro hac summa septingentorum aureorum fructus jure antechreseos, *de qua in l. si pecuniam. 33. ibi Petr. Costal. ff. de pignor. act. l. si is qui. §. 1 ff de pignor.* ex hoc prædio percipiunt, legitimum usurarum modum longe excedentes.

Certum autem est, in dubio interpretationem fieri
82 oportere pro eo, qui certat † de damno vitando, contra eum, qui de lucro captando contendit, ob id, quod illius potior, quàm huius habenda est ratio, *Cephal. consil. 329. nu. 45. volum. 3.* & semper prævalet causa eius, qui agit de damno vitando etiam inter duos privilegiatos, *Bartol. in authent. quas actiones. num. 3. C. de sacrosanct. Eccles. Decius in l. non debet actori. §. in re obscura. ff. de reg. jur.*

83 Octavò, in dubio † contractum semper interpretabimur de eo, qui debitori minus nocet, minusq; onerosus est, *l. sed si pupillus. §. sed si ipso. ff. de instit. act. l. Labeo. de contrahend. empt. l. stipulatio ista. § in stipulationibus. ff. de verborum obligat. l. 3. §. magistrum autem. ff. de exercit. act. l. cum quæritur. ff. de rebus dubiis.* semperque benigniora quæque minora sunt, sequemur, *l. semper in obscuris 9. cum ibi annotat. ff. de regul. jur.* At minus nocet, minusque onerosus est contractus litera A. & C. descriptus, quàm qui nuper sub litera I. prolatus est; ac proinde etiam benignior & minor, reditque propius ad propriam suam naturam, pignoratitiam scilicet conventionem. Interpretatio igitur pro A. & C. contra instrumentum I. facienda & præferenda est.

84 Nonò, facultas † redimendi, ne quidem in venditione cum pacto de retrovendendo, sive luendo, restringi vel coarctari debet, *Molin. de usur. quæst. 50. numer. 352.* quanto minus igitur in pignore? Nam multo maior ratio in pignore est, cur coarctari hæc facultas non debeat, quàm est in retrovenditionis pacto: nempe vitium usurarum. Sola enim libertas † se liberandi ablata vel restricta ab initio contractus facit 85 contractū in totum usurarium & illicitum, secundum communem sententiam, authore Molin. *d. n. 352. versic. hinc etiam communiter allegante Bald. consil. 487.* apparet quoddam instrumentum, *lib. 1. consil. 114. secundum ea. lib. 3. Imol. consilio 25. Guid. Pap. de contract. illicit. numero 26. & singul. 477. nu. 4. Andr. Tiraquell. de retract. convent. §. 1. gl. 2. numer. 67. 69. 72. per cap. ad nostram. extra. de emption. & vendition.* Et licet Panormitanus, itemque Castrensis, & quidam alii, de quibus *ibidem numero 70.* Tiraquell. existiment, tale pactum per se usurarium contractum non convincere, sed unà cum aliis judicium facere, *per dictum cap. ad nostram.* ostendit tamen idem Tiraquellus statim *numero septuagesimo secundo*, eiusmodi pactum per se suspectum esse, & sapere usurariam pravitatem, multis in eam sententiam adductis authoritatibus. Quod certe tanto magis in hoc casu præsumendum est, cum contractus sit pignoratitius, cum pacto percipiendorum fructuum loco usurarum. Nam etsi jure civili † an- 86 tichresis toleratur, *ut est in dicta l. si pecuniam. 33. cum ibi notatis. ff. de pignoratitia actione. dict. l. si is qui. §. 1 de pignoribus.* Pontificio tamen jure, quod in causis ad conscientiam pertinentibus, & sic etiam in quæstione usurarum, in utroque foro sequimur, *Iason ad l. 3. §. ex pluribus. numero 5. §. genera. numero vigesimo secundo. ff. de acquirend. possess. in authent. sacramenta puberum. Cod. si advers. vendit. numero vigesimo quarto. Bartol. in l. privilegia. C. de sacrosanct. Eccles.* non subsistit, sed illicita & prohibita est, propter usurariam pravitatem, *per c. 1. & ultimum. extra. de usur. Petr. Costal. ad dict. l. si pecuniam. 33. Carol. Molin. de usur. quæstione trigesima quinta, numer. 259. 260. & seqq.* maxime si non est temporaria, seu ad certum tempus coarctata, sed (ut hoc casu) perpetua, hoc est, donec redimatur: Nam tali casu antichresin non valere in præiudicium debitoris, testatur votum Camerale 14. *tom. 1. part. 3. vot. Camer. collectorum ab Adriano Gylmanno, numer. 10.* Præsumendum igitur est, æquissima hac ratione motos contrahentes recessisse à priore pacto, quo cautum erat, ut sua tantum propria pecunia pignus redimerent, ac proinde illud curandum non esse: siquidem nemo delinquere † & usurariam pravi- 87 tatem contrahere velle præsumitur, *l. merito. 51. ff. pro soc. Bursat. consilio nonagesimo quarto, numero vigesimo quarto. Menoch. consil. 99. num. 12.* præsertim nobilis.

Decimò est hoc pactum præterea satis insolitum, & juri non admodum consentaneum, præsertim si ea velit admitti interpretatio, quam A. & B. conati sunt in casu præsupponere: ideoque tanto magis suspectum erit, ac si sit usurarium & simulatum, *per ea quæ tradit Cepoll. de simulat. contr. præs. 9. Bald. & Alberic. in l. penult. C. de evict. Decius in l. quæ dubitationis. num. 4. ff. de reg. jur.* Arguit enim mentem infectam cupiditate usuræ, perinde ut pactum, quod denunciari debet ante tempus redimendi, ut scribunt omnes *in d. c. ad nostram. extr. de empt. & vendit.*

Undeci-

Undecimò pro hac sententia facit *l. Sempronius.75.ff de legat.2.* Binæ tabulæ testamenti eodem tempore exemplarii causa scriptæ (& sic utræque originales, Johan.Pet.Surd.*d.consil.141. num. 9.*) eiusdem patrisfamilias proferebantur: in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati erant Titio: Quærebatur, utrum & quinquaginta aureos, an centum duntaxat habiturus esset? Proculus respondit, utrumque legatum nullo modo deberi, sed tantum quinquaginta
88 aureos; ob id, quod minor † summa maiori inest,*l.1.§ si stipulanti. ff. de verb.oblig.l.duo. ff.de re judic.*Sic & nostro casu,non utrumque instrumentum,sed quod minus continet,servabitur: quo-
89 niam instrumentum, quod † continet plus,trahitur ad illud,quod continet minus, & sic error præsumitur in pluri, & non in pauciori, inquit Nicol.Boër.*d.decis.Neapol.252.num.11. versic.quoniam.*secutus Bald.*in d.l.Sempronius. juxta regulam juris,in cap plus semper.de regul.jur.in 6. & l.in eo quod plus,ff.eod.* quod plus semper in se continet, quod est minus. Ex quo ibidem *in vers. & ideo si reperiantur,&c.*Nicol.Boër.infert, si reperiantur duo instrumenta mandati seu procuratorii eadem die confecta,nec appareat, quod unum prius fuerit altero, jam præferri illud, in quo datur minor potestas,*ut voluit Bald.in l.falsus.col.13. C.de furt.& Alex conf.48 lib.7.*

Duodecimò non potest in controversiam vo-
90 cari,instrumenta † A.& C. esse correspectiva, & unum propter alterum factum esse,*Thom.Grammat.d.decis.Neapol.103. num.155.156.157.158.159.* perinde ut in contractu feudi reversales & investituræ correspectivæ sunt. At correspectiva se mutuò amplectuntur & adiuvant, unumque alteri inest, *Bald ad l.petens. C.de pact. Ioseph.Mascard. de probat.volum.2.conclus.924.* Quod autem litera I.designatum est, non potest ad instrumentum C,velut correspectivum se habere, ex quo quædam alia additamenta continet,etiam quæ in C. non reperiuntur, ac rursus quædam non habet, quæ in C. leguntur. Instrumentum enim hoc tantum probat,quantum in eo legitur, *Francisc. Bursat.cons.105.num.1.*

91 Præterea geminata, & † quidem biduo pòst repetita scriptura magis deliberatam voluntatem arguit. & quidem multo fortius, quàm si voce geminatio facta esset, *Felin. ad cap.si cautio. num.32.versic.sed unum novissime. extra. de fid.instrument. Tiber. Decian. respons.46. numer.45. volum.2.* At instrumentum C. dum idem continet,quod instrumentum A. quin scriptura sit geminata ac repetita,ut ideo fortius probare debeat, quàm I. in facto per se manifestum est.

Quæ cum ita sint, concludo, A.& C. magis credendum esse,quàm I. Et si quis arctè velit eius interpretationi, cuius in figuratione casus & tertia quæstione fit mentio, inhærere, dicerem, hoc instrumentum litera I. notatum, propter contrarietatem nullis aliis adminiculis suffultum, pro revocato, irrito & inani habendum esse.

Nec quicquam movent quæ pro eo facere videbantur: possunt enim omnes illæ dubitandi rationes adductæ retorqueri, & pro A.& C.
92 reassumi. Et quidem † quod ad primam obiectionem attinet,Corneus *in d.consil.243.num.17. volum.1.* coniecturando procedit, & hoc vult, non statim præsumendam esse contrarietatem, neque fidem vitiari, si plus sit in uno, quàm est in altero instrumento; modò possint commoda aliqua interpretatione, vel distinctione locorum aut temporum in concordiam redigi, *secundum doctrinam Bartoli & Baldi in d.l.scriptura. C.de fid.instrument. d.cap.imputari. extra. eod. & in dict.l. Sempronius.75 de legat.2. & in l.Imperator. ff de stat. homin.* Atqui hoc nostro casu, ratione temporis aut supplementi commodam proferri posse interpretationem ac distinctionem ex instrumento C.ad instrumentum A. supra vidimus. Standum igitur est huic, aut distinctioni à tempore assumptæ, aut interpretationi suppletoriæ ex utroque, secundum hanc Cornei & reliquorum sententiam. Eandem sententiam esse Nicolai Boërii *in d.decis.252 num.11.* & reliquorum, jam dudum etiam vidimus: & exemplo mandati procuratorii, quo utitur, probatur, ut & *argumento d.l. Sempronius. 75.* quod † non id, quod 93
plus est, sed quod minus est, sequi in dubio debemus, propter juris regulam, *de qua in d.l. semper in obscuris. d.l. in eo quod plus. ff. de regul. jur.* cui standum est, dum de exceptione non docetur, *Iason ad l.1.numer.33.ff. si quis in jus voc.non ier. Dec. post glossam magnam ad l.1. num 6. ff. de regulis juris. Mynsinger.respons.14. num.18.& seqq. centur.1. Wesembec. consilio 7. numero 7. Fulv. Pacian. 1. de probation. cap.8. numero 12. cap. 52. numero 5. Ioseph. Mascard. de probationib. volumine tertio, conclusione 1061.*

Quod autem Nicol. Boër. *in d. decis. Neapol. 252. num.11. versic.aut non potest reduci,&c.* subnectit, standum † esse scripturæ pleniori, *secundum* 94
sententiam Alexand. d consil.70.num.7. volum.1. per d.l.si ita scriptum fuerit. 47. de hered.instit. & dict.l.si quis ex argentariis. §. initium. de edend. verum quidem est, sed ita demum, si neque per interpretationem, neque per commodam distinctionem à tempore vel loco petitam ad concordiam reduci possint,aut una scriptura non nitatur melioribus adminiculis, ut ex verbis ipsius apparet, quando dicit: *aut non potest reduci:* deinde etiam ex iis quæ *num.7.8 9.& 10.* præmisit; idemque apparet ex Baldo, Bartol. Sichard. *ad d.l.scriptura. C. de fid. instrument.* & Felin. *in d.cap. imputari. extra. eod.*

Qua de causa, cum hic ratione temporis aliorumque adminiculorum commoda distinctione vel interpretatione hæc instrumenta concilientur, & A. magis per C. adminiculatum sit, isthoc dictum Boërii & Alexandri non obstat: quia huc non pertinet, neque locum invenit.

Sic secundum retorqueri potest: Digniori standum est: At dignius instrumentum est A. quod adminiculum fidei ingens accepit ab instrumento C. Ergo huic,non isti nuper invento standum est.Id enim,quod melioribus † adiuva- 95
tur adminiculis,quod geminatum est,quod perfectius est,quod minore vitio usurario infectum est, dignius esse patet tum ex Nic.Boërio *d.decis. 252.num.6.7.8.9.* Panorm.& Felin.*in d.c.imputari.* Salyc.*in d.l.scripturæ.*Bar.& Cyn.*in d.l.in exercendis. C.de fid.instrum.*tum ex aliis etiam supra deductis.

Deinde respondetur, æque expressum esse in instrumento A. ut & C. oder halder dieses Brieffs mit jhrem Willen/ꝛc. & omissum, mit jhrem proper eigenem Gelt/ uti contra in instrumento I. hoc posterius est expressum, prius autem male omissum: quia omitti non debuit, cum in correspectivo instrumento reversali litera C. inveniatur, omissa ac repudiata altera clausula. Ideoque hac in parte utriusque scripturæ paritas est, ut altera alteri ratione expressi & taciti prævalere non possit. At geminata obligatio, litera C. aliaque argumenta faciunt, ut maior sit fides tribuenda A. quàm I. ut sæpe dictum est.

Tertiæ & quartæ obiectionis hic ideo nullus usus est. quod si non falsi sub I. saltem mutati cōtractus præsumptio resultat ex instrumento C. consentiente per omnia cum instrumento A. ut supra probatū est. Quo fit, ut hoc axioma quàm maxime pro utroque hoc instrumento A. & C. pugnet, & frustra ad instrumentum I. ut quod solum est, nec ab alio instrumento suffultum est, protrahatur. Quin etiam cum gemina probatio eiusdem ex d. A. & C. resultet, fides, autoritas & dignitas eorum, qui utrumque instrumentum A. & I. sigillis suis comprobaverunt, non patiuntur, ut duo cedant uni, sed hortante tempore, ita interpretemur, ac si quidem I. ab initio placuerit, verum mox in omissis clausulis, ac quibusdam aliis insuper additis repudiatum, recepto eo, quod A. notatum est, idq; ie biduo post per reversales geminatum, & solum approbatum sit. Sic, inquam, fides utriusque manet sarta & tecta, ut cuique credatur in suo casu ac tempore. At cum novissima pacta derogent prioribus, *d. l. pacta novissima. C. de pact. Francisc. Bursat. cōs. 47. n. 6. Iohan. Petr. Surd. d. consil. 136. num. 42.* ac quando contractus duo sunt incompassibiles, attendatur secundus, *Iohan. Petr. Surd. consf. 202. num. 3.* inde est, ut hoc casu non sint observanda pacta, quæ in instrumento I. reperiuntur, sed quæ in A. & C. extant, ac clare leguntur.

Ad quintum respondetur; imo, si eo sensu, quo supra supplementum unius ex altero per interpretationem admittatur, potest utrumque consistere, nec controversiam patitur: At si quis cum B. & A. eo modo, quo ipsi dicuntur velle, interpretari ultatur, utique se invicem hæc pacta tollerent, & essent incompassibilia. Nam si verum esse præsupponitur, quod non solum H. & G. fratres von W. eorumque heredes, sed etiam quicunque eorum voluntate literas reversales & dotales A. & C. consignatas habet, potest hoc pignus per antichresin constitutum A. M. luere, uti volunt hæ scripturæ sub litera A. & C. certe hoc alterum dari non potest, ut H. & G. fratres, eorumque heredes soli, & quidem sua tantum propria pecunia, non etiam aliena redimāt, uti intendit scriptura sub litera I. secundum intentionem B. & A. Et sic impossibile est, hæc duo simul vera esse, simulque stare posse: sed semper unum per alterum evertetur. Nam quæ
96 ratione † unius subiecti & eiusdem finis sibi repugnant, contraria dici ac revera esse patet, *per l. 1. C. de furt. ubi interpp.* idque etiam respondit Jo. Petr. Surd. *consf. 230. n. 11.* qui ex Aristot. *in 5 Metaphysicor.* ait, contraria esse, quæ mutuò se expellunt, & ad positionem unius sequitur destructio alterius, *secundum gloss. in l. sed etsi pupillus. §. penult. vers. institoria. ff. de instit. act.* Ideoque stante hac contrarietate inseriorum pactorum, quatenus ea in concordiam reduci non possunt, ultimæ scripturæ † standum est, *c. inter dilectos. extra. de fid. instrum. l. si mihi & tibi. §. in legatu. ff. de legat. 1. Bartol. in l. Statius in princip. ff. de jur. fisc. & in l. singularia ff. de reb. cred. si cert. pet. Iohan. Petr. Surd. consf. 202. num. 3.* Ultima autem scriptura hic est, quæ C. consignata est, cui etiam A. correspondet. Huic ergo, non etiam illi, quæ sub I. transmissa est, standum erit. 97

Sextum quoque bene procederet, si nulla contrarietas in his appareret, quæ aut per commodam interpretationem vel distinctionem, ad concordiam esset reducenda, aut propter unius scripturæ maiorem dignitatem, vel adminicula alteri minus esset credendum: At quando sibi contraria sunt illa pacta vel contractus, tum aut neutri creditur scripturæ, si nequeant ad concordiam reduci, nec una ex iis melioribus nitatur adminiculis, *d. l. scripturæ. C. de fid. instrum. d. cap. imputari extra eod.* utroque loco Dd. Nicol. Boër. *d. decis. 252. num. 9.* vel favorabiliorem causam habeat, *Boër. d. decis. 252 nu. 10* aut una reiecta alteri tantum statur, & quidem ultimæ, *d. l. pacta novissima. C. de pact. Bal. in d. l. petens. C. eod.* ac videat judex (inquit Specul. *de instrum. edit. § restat videre n. 19. vers. si vero à diversis.*) quod magis sit sine suspicione, & quod magis congruat negotio, & secundum illud judicet, vel si æquales sint probationes, absolvat reum, *arg. c. ex literis. in fin. extr. de probat. l. optimam, C. de contr. & comm. stipul.*

Deinde Joseph. Mascard. *d. concl. 924. nu. 4.* hoc axioma fatetur, non semper & ubique verum esse, sed solum quando subiecta materia id patitur, veluti cum ambo actus se invicem contingunt. At hi non tam se cōtingunt, quàm mutuò ex hypothesi B & A. se evertunt, ut modò demōstratū est. Cessat igitur hoc casu pdictū axioma.

Hinc etiam septimi illatio infirmatur; ex quo constat, nos hic non in dubio & obscuro, sed claro † & aperto versari, ubi præsumptioni locus 98 non est, ac cessant coniecturæ, *l. ille aut ille. §. cum in verbis. ff. de legat. 3. l. continuus. §. cum ita. ff. de verb. oblig. Iacob Menoch. de præsumpt. lib. 2. præsumpt. 10. nu. 1.* Nam correctio aperta & manifesta est, eaq; arguitur etiam argumento temporis ex instrumento C. & pactorum contrarietate, quæ se ex B. hypothesi tollunt, nisi ad hanc distinctionem vel interpretationem descendamus, per ultimam scripturam à priore discessum esse, ac comprobatum fuisse id, quod litera A. continetur, aut omnia, quæ insunt instrumento A. & C. dicamus etiam inesse instrumento I. notato. Nam ad evitandam † contrarietatem, semper 99 debet interpretatio fieri, *Nicol. Boër. d. decis. 252. Panorm. & Felin. in d. c. imputari. Bart. Bald. Salycet. Sichard. Castr. ad d. l. scriptura. Bald. in d. l. Imperator. ff. de stat. hom. Iohan. Petr. Surd. consf. 230. num. 28.* etiam impropriando verba, *Surd. d. consil. 230. numer. 29.* ita ut correctionem potius, quàm contrarietatem admittere debeamus, *Iohan. Petr. Surd. consil. 279. numer. 14.* Deinde etiamsi in aperto correctionis casu non versemur, tamen ut &

ut & contrarietas,& suspicio usurariæ pravitatis evitetur,ita interpretatio facienda esset, ut coniecturam sequeremur magis verosimilem. *Iacob. Menoch.de præsumpt. lib. 1. quæst. 29. numer.* 10. per quam absurda & inæqualia evitantur, *Menoch. d. quæst.29.numer.*16.ac animæ sive conscientiæ cõsulitur,*Menoch.dict.quæst.29.numer.* 18. Hoc autẽ fieri si res eo deducatur, ut existimemus per reversales C.discessum esse à scriptura I.& contra, A. corroboratum esse, ex superioribus liquet.
100 Quæ præsumptio† cum à facto sumatur, utique potentior est hac obiecta, quæ à non facto desumpta est,*secundum Menoch.d.quæst.29.nu.*17.Sicut autem probatio fortior deprimit debiliorem eique præfertur,*l.si divus.ff.de restitut.in integ.l.non solum.ff.de rit.nupt.l.mater.C de Calumn.* Ita etiam præsumptio fortior & validior tollit debiliorẽ, *Iacob.Menoch.d.lib.1.de præsumpt.quæst.30.num.* 2.3. 4.*& seqq.*

Quod octavo loco adductum est,procedit si
101 non † sit plus in secundo quam est in primo,ratione substantiæ,*Bald.ad l.pacta conventa,ff.de pact. Ioh.Petr.Sur.conf.*217*.num.*23,At si dixeris A.sive I. primum contractum fuisse, semper tamen hoc manebit, in posteriore plus ratione substantiæ esse,quàm fuit in priore. Ut ideo hæc regula in hac facti specie non obtineat,& sic ex posteriore,aut certe utroque simul agendum sit. Posteriorem autem esse,qui A.describitur,patet ex instrumento C.Igitur ex hoc tantum,& non ex altero agendum est,nisi unum alteri indistincte inesse demus.

Ad nonum respondetur negando, quod hoc
102 pactum † mit jhrem Properen eigenem gelde/*rc.* ex hypothesi & sensu B.acceptum,sit consuetum ac minime prohibitum,cum coarctet facultatẽ luendi pignoris,& sapiat usurarum infectionem: ut supra probatum est,*ex Molin. de usur. quæst.* 50. *num.*352.Neque potuit olim hoc unquam videri licitum,quando semper usurarum aucupium ac pravitatem sacri Canones improbaverint, *in d.c.* 1.*& tot tit extr.de usur.*Deinde antiquitatis authoritas non minus pugnat pro scriptura A.quam I. ut ideo æqualitas inter utramq; hac in parte sit: Verum hoc amplius habet A.quod quasi contestem accepit scripturam C.ab ipsis creditoribus D.von G.genand A.& E.von W. quæ fortissime contra hos coniuges creditores eorumq; heredes & successores probat.*Ioh.Petr.Archor d.q* 2. *numer.*22.*li.*2,*Aym.Cravett.de antiq. temp. part.* 2. *§. viso.de verbis enunciativis, nu.*2.15.16 *Ioseph.Mascar. d.conclu.*109.*num.*3,& sic fortior & dignior effecta est A.quàm I.unquam fuerit,vel esse possit.

Destruitur hac quoq; machina decima obie-
103 ctio:Primo enim negatur contractum I.esse† adiectivum,seu in accessione A. Deinde etsi esset, tamen aut prædicta compassibilitas pactorum per præfatam interpretationem esset largienda: aut propter incompassibilitatem è B. hypothesi & sensu resultantem concedendũ,ex quo posterior esset ac minus comprehenderet, non teneret,sed tantum prior contractus,& ex eo solo agendum foret.*p d.l.qui bis idẽ.d.l.si dari, de verb.obl.* Tertio instrumentum C.non patitur ut A. præcesserit I.& id accessoriè cõiungendũ sit cum A. quatenus in eo plus est, q̃ in altero: idq; ratione tẽporis. de quo in C. Quarto hanc accessionem prohibet cõtrarietas,q̃ oportet ad cõmodam interpretationẽ,vel distinctionẽ reducere. Quod dum facimus,hoc efficitur, ut A. non qualificetur ab I.sed potius,ut quiescere & cessare I.faciat propter virtutem & potentiam maiorẽ, quæ ex geminata scriptura,*Tib.Dec.d.Resp.*46.*n.*45.*Vol.* 2: & vinculorum duplicitate A.& C.promanat, *Io. Petr.Sur.cons.*31.*n.*6. Suboritur.

Deniq; ex his undecimi refutatio manifesta est:Non enim probationes sunt æquales utriusque partis,sed longe fortior est N.probatio,q̃ A. Deinde favor& pietas maior hic certat pN,contra
A.cũ† antichresis sit odiosa, quia est usuraria, & 104
ideo impia,itemq; illicita *Petr.Costal.ad d.l.si pecuniam,*33.*de pignor.act.per c.* 1.*& ult.extr.de usur.Caro. Molin de usur.q* 35.*num.*259.*& seqq.* At in causa favorabili & pia,queq; conscientiæ consulit,itemque in causa libertatis,hanc Dd.doctrinam fallere,*patet ex Nicol Boë.d.decis.*252.*num.*10 ubi hanc restrictionem huic regulæ,quod hoc quidem ut reus absolvatur si æquales utriusq; sint probationes,statim subiicit:Nisi in causa,inquit, libertatis,favorabili & pia tunc illi stari,quod liberationem,libertatem vel piam causam continet,*per c. fin.extr.de sent & re judic.*

Deniq; etsi repetendo † pignus N.actor futu 105
rus est quoad prætensum tamen pactum,mit jhrem Properem eignem geld/ heredes võ A.& B. uti sunt creditores,ita etiam in effectu etiam excipiendo actores erunt,futuri,*l.*1,*l.*2.*& ibi notat. ff.de except l si quidem.*9.*C. de except. l. exceptionem,* 19.*ubi Dd C.de probat.l.in exceptionibus ff. de probat.* ut nisi hanc suam exceptionem plene doceant, ea frui non possint in hoc,ut pignus non liberetur etiam aliena pecunia,aut mutuo accepta oblata,consignata ac deposita. Exceptio enim ubi est fundamentum intentionis alicuius plenè ꝓbanda est *Ioseph.Mascard.*2.*de probat.conclus.*685.*n.* 1.& adeo plene,ut necessario concludat *Mascard. d.conclus.*685.*nu* 2,alioqui si fundata sit,ut est hoc casu, actoris intentio, reus secundum petita sit condemnandus.*arg.d.l.si quidem.l.sive,*16.*vers.sive ipsis,l.exceptionem.ibi Dd.C.de proba.*Itaq; in his nostris terminis differens Panor,*in d.c.imputari.extr. de fid.instrum.* Si vero per omnia,inquit,sunt æquales,tunc iudicatur contra illum,qui probare debebat,quasi nihil probaverit: quia cum tanta fides adhibeatur uni scripturæ,sicut alteri: nihil ergo est probatum:*Et sic si reus,ait,habebat probare, iudicabitur contra eum*:idem in actore,nisi causa esset favorabilis iuxta ea, quæ leguntur & notantur,*in c.ex literis,de probat.*

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Utrum autem,non obstante scriptura T.repetta,N. possit ius luendi pignoris & actiones cedere cognato suo C von der W.eius dispectio facilior erit: Aut enim A.quique ab eis causam habent B.concedunt trium horum instrumentorum A,C.& I.unam eandemque esse sententiam,& unum alteri inesse,ita,ut quod deest instrumento I suppleatur ex instrumentis A.& C.aut non concedunt.

Priore casu si concedunt unum alteri inesse,
locum quoq; dare tenentur interpretationi sup-
pletoriæ, de qua in præcedente quæstione, ita ut
omnes clausulæ, quæ sunt in instrumẽtis A. & C.
intelligantur inesse instrumento I. & vice versa,
quæ sunt in instrumento I. inesse instrumentis A.
& C. & sic res expedita erit. S quidem hoc modo
convenit inter eos utrinq; helderen dieses briefs/
mit jhrem willen/ꝛc. qui scil. voluntate ac consen-
su heredum H. & G. von W. hęc instrumenta A.
& C. tenet, vel habet, posse pecunia sua hoc pi-
gnus redimere, propter expressa pacti verba, quę
heldern dieses briefs/ꝛc. admittunt: ubi autem res
106 clara est, & verba † extant aperta, ab eis non est
recedendum, nec ultra est de mente quærendũ.
l. ille à quo, §. cum in verbis, ff. de legat. 3. Roland à Valle
consi. 61. numer. 31. volumin. 3. Iacob. Menoch. consi. 14.
numer. 6. per l. continuus, §. cum ita, ff. de verbor. ob-
ligat. Ioseph. Ludovic. decis. Rota Lucens. 48. numer. 1.
Hieron. Schurff. consi. 37. numer. 456. cent. 1. adeo ut
ne quidem ex consuetudine, vel statuto, Roland.
à Valle consi. 79. numer 56. volum. 3. vel ex natura a-
ctus, aut negotii interpretatio admitti debeat,
Roland. à Valle consi. 62. numer. 23. volumin. 3. Quo-
107 niam † nimium subtilizare, ubi verba sunt a-
perta & res clara est, nihil est aliud, quam perni-
ciose errare. Ioseph. Ludovic. d. decis. Lucens. 48. nume.
1. nec admittendæ sunt cavillationes advocato-
rum, Bald. consi. 343. column. 2. circa fin. volum. 1. cons.
174. in fin. volum. 2. Tib. Decian. Respons. 72. num. 3. vo-
lumin. 2. Respons. 17. numer. 19. volumin. 1. per l. ancilla,
C. de furt. l. quod labra, ff. de Carbon. edict. d. l. continu-
us, §. cum ita, Aym. Cravetta cons. 273. num. 7. & 8. Et
ut Hier. Schurff. dict. consil. 37. numer. 5. cent. 1. dicit
108 determinata, † inquiens, pacto, lege, sive con-
ventione, non egent alia determinatione, sed so-
lum indeterminata, l. certo generi, §. si totus, & seqq.
ibi Bartol. qui dicit illum ad hoc esse notabilem, ff.
de serv. rust. præd.

109 Neq; dubium cuiq̃ esse potest, heldern † dieses
Briefs/ significare quemlibet tertium successo-
rem, vel detentorem harum scripturarum, sive
titulo emptionis aut permutationis, pignorisve
vel donationis, sive precario, aut quocunq; alio
habeat, vel possideat, aut detineat ab H. eiusve he
redibus & heredum heredibus, per l. habere duo-
bus, 188. cum ibi anno. ab Alciat. Bracheo, Forne. Rebuf.
ff. de verbor. signific. l. stipulatio ista, §. dupliciter habere,
ubi Cujac. & Duar. ff. de verbor. obligat. Siquidem
helder ab halten / correspondere verbo detenta-
tor, & verbo detinere, vel habere, nemini nostrũ
obscurum esse potest, qui utriusque linguæ non
110 plane sumus ignari: Detinere autem est possi-
dere, vel in possessione esse, vel etiam occupare,
etiam precario habere, aut tantum rei insistere.
Zas. ad l. possidere, §. ex contrario, ff. de acquir. possess. fa-
cit authen. nisi triennale, Cod. de bon. matern. l. ubi 29.
verb. detentatores, C. de jur. dot. l. non ab re. versic. &
possessionis alienæ detentoribus, & c. l. fin. verb. detinue-
runt, C. unde vi, l. unic. C. de usucap. transf. l. super longi.
11. Cod. de præscript. long. temp. 10. vel 20. ann. l. apud
antiquos, 21. C. de furt.

111 Deinde quælibet † actio tam in rem, quam
in personam & quodlibet ius regulariter cedi
potest, tot. tit. D. & C. de hered. vel act. vendit. l. 2. ubi
Iason C. ne lic. poten. l. 2. ubi gloss. & Bald. C. de litigios.
Iason in l. in depositi, ff. de re judic. Andr. Tiraquell. de re-
tractat. lignag. § 26. gloss. 1. numer. 2. 3. 4. 5. 6. & seqq.
multis, Barthol. Socin. regul. 67. in tractat. regul. Iohan.
Petr. Surd. consi. 92. numer. 5. etiam ius pignoris, l.
nam & Servius ff. de negot. gest. Dd. in l. 2. Cod. de capt.
& postlim. revers. Tiraquell. d. gloss. 3. num. 37. & ius
offerendi ac redimendi, itemque retractus, d. gl.
3. numer. 1. & seqq. & num. 42. ubi quodlibet aliud
ius in potentia consistens, ibid. numer. 40. modo
non fiat potentiori, neq; simulate, neq; de re liti-
giosa, l. per diversas, l. fin. ubi gloss. Bald. Castrens. & a-
lij, C. manda. dict. l. 2. & l. 1. ubi Ias. C. ne lic. poten. Bar-
thol. Socin. d. regul. 67. fallent. 1. & seqq. Et quic-
quid † est transmissibile est & cedibile, in- 112
quit, Iohann. Petr. Surd. consi. 92. numer. 5. per l. si
ex plurib. ubi Dyn. Bart. & alij ff. de admin. tutor. l. non
solum, §. si puella, ff. de rit. nupt. l. si stipulatus fuerim, in
princ. ff. de verbor. oblig. Iason ad l. si constante, 233. ff. so-
lut. matrimon. Andr. Tiraquell. dict. §. 26. gloss. 3. nu-
mer. 29.

Nec adversatur, quod Jason in dict. l. si constan-
te, numer. 236. dixit, illud assumptum esse falsum:
quia ista regula procedat bene negative; nempe
quæ non sunt transmissibilia ad heredes, ea nec
esse cessibilia: sed affirmative prędictam regulam
non procedere. Non enim hoc eo sensu accipi-
endum est, ac si prorsum hęc affirmativa sit falsa,
ficta ac plane nulla regula: Sed quod multas pa-
titur exceptiones, & sic fallat, uti aliquot exem-
plis ibidem Jason, itemq; Andr. Tiraquell. de re-
tractat. lignag. §. 26. gloss. 1. numer. 47. 48. & seqq. o-
stendit: At contra negative illa regula absque o-
mni fallentia procedit. Sensus igitur eius est, hãc
regulam negative conceptam nunquam esse fal-
sam, hoc est, nullam pati exceptionem: Affirma-
tive vero conceptam multis casibus fallere, hoc
est, multas pati exceptiones. argumen. l. 1. de regul.
jur. Et quod hæc cum Jasonis, tum Tiraquelli
mens sit, patet, si inter se utriusque regulę exem-
pla apud utrumq; & maxime apud Tiraquell. d.
§. 26. gloss. 1. à numer. 41. usq. ad fin. & gloss. 3. numer.
1. usq. ad fin. conferantur.

Atqui inter has exceptiones & exceptionum
causas, de quib. Tiraquell. & Iason d. locis, non re-
peritur ius luendi pignoris. Ideoq; cum sit ius il-
lud ad heredes transmissibile, erit etiam cedibi-
le. Idq; tanto magis quod quilibet pro debitore,
etiam † ignorante vel invito, solvens, & ipsum & 113
pignus liberare potest. §. 1. versic. nec interest, Instit.
quib. mod. toll. oblig. l. solvendo, 39. ff. de negot. gest. l. so-
lutione, 23. l. solvere, 53. l. qui decem, 72. §. 1. versic. quẽ-
admodum, ff. de solut. Iason ad l. pro herede, 20. §. Papi-
nianus, num. 10. ff. de acquir. heredit. Corn. consi. 79. n.
16. volumin. 2. Cum liberatio sit ipsa obligatione
favorabilior, Corn. consi. 69. numer. 20. volumin. 2.
ac solutione eius, quod debetur, omnis tollatur
obligatio, l. 2. C. de jur. dot. l. Aristo. in fin. ff. de donat. §.
1. Instit. quib. mod. toll. obligat. Corne. consi. 22. numer.
53. volumin. 3. nec quicquam supersit, de quo iure
creditor amplius conqueri possit, quin reus ab-
solvi debeat, §. fin. in fin. Instit. de perpet. & temp. act.
Eoque pertinent, quæ scribunt Andr. Tiraquel.
de retractat. lignag. § 1. gloss. 8. numer. 258. & seqq. us-
que ad numer. 265. & Carol. Molinæus de usur. quæst.
45. numer. 331. & 332. de retractu differentes. Igi-
tur nec hanc ob causam dubitandum est, ius ac
facul-

facultatem reluendi pignoris alii cedi posse. Denique verba illa mit ihrem Properem † eigenem 114
gelt/ex instrumento I. translata, & coniuncta cũ illa clausula, oder jhre Erben/oder helder dieses Briefs/mit jhrem willen/quæ est in A. & C. descripta, potestatem cedendi, non tam adimunt, quam concedunt, quando hoc modo hæ duæ clausulæ simul coniunctæ se invicem explicant, nempe, quod H. & G. vel eorũ heredes, aut cessionarius, sive detentor, helder dieses Briefs/propria sua pecunia, cuius dominium per numerationem in Creditores D. vom G. & uxorem eius E. eorumve heredes transferre possunt, non autem aliena, cuius sc. dominiũ per numerationẽ suam in creditores suos nõ trásferrẽt, juxta *casum, qui sunt in d. l. rogasti, §. fin cum ll. seqq. & d. l. si socius, 16 ff. de reb. cred. si cer. pet,* pignus redimere debeant, ut in præcedentis quæstionis investigatione dictum est. Atque hæc ita, si utrinque fateantur ac concedant, unũm alteri inesse, ita ut horum trium instrumentorum A. C, I, simul jũctorum una sit sententia, & I. ex A, & C. ac contra hæc ex illo supplenda.

Quod si altera pars, nempe heredes ab A. & G von B hoc negent, tum aut fides A. & C. præferenda est huic, quod I. consignatum est, aut hæc duo A. & C. cedent isti uni, I.

Si fides A. & C. huic I. præferenda est, ut esse ostendimus præcedente quæstione, omnis quoque controversia sopita est. Nam dum melior 115 est † probatio, ut jam est probatio N, quique ab eo causam habent, utriq; ea est præferenda, & rei ab A. ac B. intentionem suam per I. veluti longe debiliorem, imo extinctam & revocatam scripturam non probantes, omnino erunt damnandi, per doctrinam in specie de reorum damnatione circa diversa instrumenta ab utraque parte adducta traditam à Panorm. *in d. c. imputari, extr. de fid. instrum.* cuius verba recitata sunt supra circa finem secund. quæstionis resolutione, nec non per reliqua, ibidem ex Mascard. *d. conclus.* 685. allegata.

At si fides I. præferenda esset, fidei utriusque huius instrumenti A. & C. (tametsi hoc prope impossibile est, per rationes in præcedente quæstione adductas) difficilior foret quæstio.

Et quidem dicendum videretur, heredes fratrum à W. ius luendi huius pignoris cedere nemini posse, propter hæc verba mit jhrem Properem eigenem gelde/ quæ clausula videtur vim particulæ taxativæ habere, præsertim quod coniuncta est cum restrictiva illa clausula, vnd wañ nur daß H. vnd G von W vorge rc. oder jhre Erben willen/restringitur enim ad solos illos fratres, eorumque heredes, ut hi propria sua pecunia redimant. At si cui cedant, is non propria ipsorum pecunia, sed quo ad illos aliena redimet. Particu-116 læ autem † taxativæ natura hæc est, ut omnem extraneum à potestate luendi pignoris excludat, nec patiamur ei, qui heres non est cedi, *Andr. Tira. de retract. convent. §. 2 gl. 6. numer.* 11. Deinde quan-117 do duo † eodem pacto copulantur utriusque concursus requiritur, *Bartol. in l. si is qui ducenta, §. utrum, numer 3. ff. de reb. dub. & in l. qui concubinam, in pr. ff. de legat 3. & in l. sæpe, ff. de verb. signif.* Atqui hæc duo copulative in hoc pacto requirunt, nempe ut vel ipsi fratres vel heredes & soli redimat, & sua pecunia, non aliena, Alterutrum ergo non sufficit.

Pacta certe servanda sunt, ex quibus conventiones leges accipiunt, *l. 1. §. si conven. ff. depos. l. 1. l. 7. §. quinimo. §. adeo, ff. de pact. Andr. Tiraquell. d. §. 26. gloss. 3. num.* 43. Igitur hoc etiam pactum servandum erit, cum in † continenti sit factum, & ita insit bona fides huic contractui pignoris *per d.* 118
l. 7. § quinimo, ubi Dd. omnes ff de pact. l. in bona fidei, l. petens, ubi Dd. C. eod. l. 1. d. l. 2. l. initio 5. Cod. de pact. inter empt. & vend.

Et certe qualitas † adiecta ostendit, quid veniat in dispositionem Bartol. *in l. 4. §. quotiens ff. de damn. inf. Felin in c. nonnulli, numer.* 102. & 104. *extr. de rescript. Cepha. consil.* 149. *numer.* 14. cum talia sint subiecta, qualia demonstrant prædicata, *Socin. ad l. quibus diebus. §. dominus, num. 3. ff. de condict. & demonstr. Iohann. Petr. Surd. consi.* 45. *numer.* 25. Qualitas autem hic adiecta illa est, ut heredes propria pecunia redimant. Ergo hæc adiecta qualitas ostendit, ut non redimant per cessionarium, & sic pecunia aliena. 119

Quod si huic pacto vis illa non attribuatur, nullius eius clausulæ mit jhrem Properem eigenẽ gelt/effectus erit, & otiose posita videbitur: quod iura non permittunt, quippe quæ nullum verbũ in contractu † otiose, & sine proprio operandi mysterio positum esse concedunt, *Bald. ad rubric. C. de contrah empt. quæst 9. Tiber Decian. Resp.* 30. *nu.* 25. *vol.* 1. *Ioh. Petr. Surd consil.* 3. *nu.* 5. *consi.* 112. *numer.* 46. *per l. si quando, ff. de legat.* 1. *c. si Papa de privileg.* 6. 120

Quid? quod hæc verba, vnd sollen die lose thũ mit jhrem Properem eigenem gelt/ vim conditionis habere videntur propter versic. seq. Vnnd wann nun daß sie die lose also thun willen. Nam vox † Wann nun significat idem quod particula Si: & vox also, refert modum proxime expressum, ut sensus sit: si eo modo quo dictum est, nempe sua propria pecunia pignus redimere velint, &c. Conditionem † autem in specifica forma adimplere oportet, *l. Mævius qui heredi, ff. de condit. & demonstr. Bartol ad l. hæc conditio, si capitolium, ff. de condit. & demonstr. Bald. ad l. matri & aviæ, C. quando mulier tut. off. fung. Zas. consil. 3 num.* 90. & 91. *volum.* 1 *per l. si super.* 9. *ubi Iason & Sichard. C. de transact. l. 1. ubi gloss. C. de instit. & substitut. Tib. Decian resp.* 88. *n.* 21. *volum* 2. 121 122

Et quamvis hæc ea conditio trahenda non esset, attamen hoc dandum foret, illa verba, mit jhrem Properem einem gelde/ modum significare, & facultati luendi modum inijcere: Modus enim † est, quo moderatio quædam conventioni adijcitur, *ut constat ex l. obligationum fere, 44. in princip & versicul. modus, ff. de oblig. & action. l. si ita 14. l. si Stichũ, 16. l. si stipulatus, 76. l. si à colono, 89. l. si ita, 97. § possum, l. venditores, 102. l. stipulatus sum. 105. ff. de verbor. oblig. l. demonstratio 17. §. ultim. ff de conditio. & demonstrat. leg. prima, ff. de condict. caus. dat. Francis. Cursat consi. 382. numer. vigesimo primo.* 123

At vero modus quo ad effectum in vim conditionis resolvitur, *l. 1. Cod. de his, quæ sub mod. & cõditione, l. si cui, 92. ff. de conditio. & demonstr. dict. leg. obligationum fere, 44. versicul. modus,* quo intuitu modus

modus quandoque appellatur conditio, & vice
versa. Balduin. *Instit. de legat.* Est enim causa quæ-
dam finalis, ut ea deficiente extinguatur vel su-
spendatur debitum, perinde ac si conditio defi-
ceret, vel in pendẽti esset, *p d. l. demonstratio, 17. §.
fin. l. 1. & 2. C. de his quæ sub mod. & condit. ubi gloss. A-
zo ibid. in summ. C. & Cujac. in parat. gl. in l. 1. C. de do-
nat. quæ sub mod.*

Tandem pro hac sententia in primis videtur
124 facere, quod Zasius † respondit *lib. 2. singul. respõs.
c. 19. incip. si stipulor decem, vers. ex qua doctrina singu-
lariter, &c.* Si princeps, inquit, tibi promittat sub
modo conventionis, quod possis redimere hanc
vel illam arcem, quę forte impignorata erat, utrũ
velis, siq; tibi mens redimendi non sit, te nõ pos-
se hoc ius trãsferre in alium. Et idem forte dicẽ-
dum, etiamsi per modum indulti vel privilegii
125 tibi hoc concedatur. Nam & privilegia † perso-
nalia personam non egrediuntur, & ista electio
personalis est, *per d. l. si stipulatus fuerim. ff. de ver. obl.*
Ex his verbis Zasii colligi posse videtur, ut fratres
à W. eorumq; heredes possint propria sua pecu-
nia redimere, pactum esse restrictum ad has per
sonas hanc qualitatem habentes, & ideo cedi nõ
posse quia personalia iura cedi nequeunt, *Iason in
l. si non sortem, § libertus, in 13. notab. ff. de condict. in-
deb. Dyn. in c. privilegium, de reg. jur. in 6. Bartol. in l. ẽt
ff. de jurejur. per l. si ex plurib. ff. de adm. tut. l. non solum,
§. si puella, ff. de ritu nupt. l. cerdonem, ff. de oper. libert.
Andr. Tiraquell. de retract. lignag. §. 26. gl. 1. numer. 51.
60. & 61.*

Verum his non attentis, existimo, cessionem
fieri posse, non solum propterea quod A. & C.
vincunt fidem I. aut certa illud interpretantur,
ut in proxima quæstione ostensum fuit, sed etiãsi
126 huic I. soli standum esset. Cessio † enim, ut ante
dicebatur, semper & ubiq; concessa est, ubi in
specie non reperitur prohibita, *tot. tit. ff. & C. de
hered. vel act. vendit. l. 1. l. 2. ubi Ias. C. ne lic. potent. l. 2.
ubi gloss. & Bald. C. de litig. & Andr. Tiraquell. d. §. 26.
gloss. 3. nu. 2. & seq.* nec causa finalis contractus ob-
stat, cur cedi non debeat *l. quia perinde, §. 1. ff. ad
SC. Trebell. Dyn. in d. c. privilegium, de reg. ju. 6. d. l. si ex
plurib. ff. de admin. tut. d. l. cerdonem, d. l. non solum, §. si
puella, cum similib.*

At diserte luendi pignoris cessio nullibi in iu-
re est prohibita, imo potius concessa, ut supra ex
Tiraquell. est probatum. Sed nec pacto diserte in
hoc contractu est remissa, vel excepta. Pacta autẽ
127 stricti † sunt iuris, *Barthol. Socin. cons. 73. nu. 4. volu.
1 per l. si unus, § ante omnia, l. tres fratres, l. qui in futu-
rum, 57. §. 1. ff. de pact. l. 5. l. qui cum tutoribus, §. fin. ff. de
transact. Iason in l. postquam liti, num. 11. C. de pact. Ro-
land à Vall. consil. 39. num. 5. volum. 1. Modestin. Pistor.
consi. 1. num. 29. consi. 19. num. 10. consi. 35. num. 7. vo-
lum. 1.* Ut & instrumenta desuper facta. *Barthol.
Socin. d. consi. 73. num. 4. Wesemb. consi. 3. num. 29. cõ-
sil. 51. num. 4. & 5. per l. ad probationem 21. C. de probat.*
nec extenditur ultra expressa, *Modestin. d. consi. 1. n.
29. & d. consi. 19. num. 10. d. consi. 35. num. 7. per d. l. si
unus, § ante omnia, Wesemb. d. consi. 3. n. 29. d. consi.
51. num. 4. & 5. per d. l. ad probationem, 21. ubi Bald. &
in l. lecta, in 2. oppos. ff. de reb. cred. si cert. pet. l. ultim. C.
de fals. caus. adject. & in l. interest, numer. 2. Cod. de solu-
tion.* Sed id, quod verbis non continetur pro o-
misso habendum est, *Bald. in dict. l. ad probationem,
per ill. tex. Modestin. Pistor. d. consi. 19. numer. 10. per l.
quicquid astringenda. ff. de verbor. obligat. Tiber. Decian.
Respons. 22. numer. 4. volum. 1. Menoch. consi. 14. num.
5. per l. unic. §. si autem ad deficientis, C. de caduc. toll.
Wesembec. consi. 15. nu. 7.* à nobis supplendum est,
*Wesembec. d. cons. 15. numer. 42. consi. 52. numer. 42.
& 44. per l. ultim. Cod. de fals. caus. adi. l. si de certa, ubi
Iason C. de transact. c. per venerabilem, extr. de elect.* ne-
que à nobis dicendum vel cantandum, quod nõ
dicunt, nec cantant instrumenta. *Bal. in d. c. per ve-
nerabilem, coll pen. vers. quod si expressum, extr. de elect.
Andr. Tiraqu. ad d. l. si unquam, verb. libertis, n. 4. & seq.
nu. 11. & seqq. C de revocand. donat. Iohann. Petr. Sur.
consi. 127. numer. 34. & 35. consi. 150. numer. 32.* Ne-
que vero contractus † admittunt interpretatio- 128
nem ampliativam, etiamsi promissio sine ea nõ
posset stare, inquit Bald. *in consi. 145. colum. penul-
tim. volum. 3 & Iohann. Petr. Surd. dict. consi. 127. nu-
mer. 34. & consi. 220. numer. 13 per l. illam, Codic. de
collat. & §. optimum, Novell. 22. de nupt.* Unde dici
solet, tantum † probat, quantum loquitur in- 129
strumentum, nihil ultra, *per d. l. ad probationem, 21.
C. de probat.*

At si hæc verba, mit ihrem Properem eigenem
Gelt / cessionis prohibitionem inducerent, con-
tractus ille per interpretationem ampliativam
extenderetur ad id, quod verbis non continetur.
Non ergo est admittenda hæc interpretatio, nec
hoc instrumento probari credendum est.

Deinde quod quis † per alium facit, ipse fe- 130
cisse videtur, *c. potest quis, c. qui facit. de reg. jur. 6. l.
quod jussu, 180 ff. de regul. jur. l. si donaturus, ff. de con-
dict. caus. dat. caus. non secut. l. si ego. ff. quod vi aut
clam. l. 1. §. sed neq; C. de vet. jur. enucl. l. 3. in fin. ff. de do-
nat. inter vir. & uxor. l. dedit. ff. de collat. bon.* & qui-
dem vere, ut velle videtur Pontifex Maxim. Ale-
ander III. *in c. mulieres, extr. de senten. excomm.*
dum asserit, quod is committat vere delictum,
cuius authoritate, vel mandato delictum com-
mittitur, & quod Iulianus *in l. certe, §. 1. ff. de preca.*
dicit, si procurator meus, me mandante preca-
rio rogavit, me propriè dici habere precarie. Et
Paulus, ipsum patrẽ manumisisse, cuius manda-
to filius manumisit, inquit, *in l. pater. ff. de manu-
miss. vindict.* cum is qui pro alio facit, sit veluti in-
strumentum seu organum & tuba mandantis,
authore Petro Peckio *ad dict. capit. qui facit, num.
5 per l. qui autem, ff. de constit. pecun. l. quod meo, §.
procurator, ff. de acquirend. possess.* ubi, *ut & nu-
mer. 13.* hoc explicat amplius, nempe si ipsum a-
ctum facti quatenus in executione & natura po-
sitius est, consideremus, proprie non posse dici
fecisse, qui mandat, sed mandatarium: quoniam
autem mandans est prima causa, *l. in hoc judicium,
ff. de servo. corrupt.* qui non solum ipse delinquit,
vel quid facit, sed etiam alium, ut faciat, vel de-
linquat, impellit, ideo quo ad effectum iuris ve-
rè fecisse eum, qui mandat, *l. 1. §. fin. ff. quod quisq;
jur. in al. stat.*

Ergo quando N. concedit potestatem, ut C.
von der W. vice sua pignus liberet, aut ei hoc
ius suum cedat, & is pecuniam suam offerat ac
deponat, vel adnumeret, ipsemet N. pecuniam
suam obtulisse, deposuisse, vel adnumerasse vi-
detur.

Siquidem cedendo † eum procuratorem in 131
rem

rem suam constituisset, *secundum gloss. Bald. Castrens. Sichard. & alios in dict. leg. per diversas. & l. fin. Cod. mandat. leg. prima, & tot. titul. Digest. & Codic. de hered. vel actio. vendit. Speculat. tit. de cessione actio. §. primo, numer. decimo octavo, facit l. emptori, ff. de heredit. vel actio. vendit. l. procuratore, in rem, ff. de procurat. l. si in solutum, C. de obl. & act.*

132 Cessio itemque † nominis, vel actionis, aut rei alteri oppignoratæ in hoc, ut ipse possit liberare, est nihil aliud quam venditio quædam, *Speculat. dict. tit. de cess. actio. §. primo. numer. decimo nono. & vigesimo per leg. si dubitetur, l. in fin. l. cum is, ff. de fideicom.*

133 At venditio † vel actionum, vel ipsius rei oppignoratæ, salvo pignoris iure per hæc verba nullo modo est prohibita, vel remissa, aut abdicata: neque possunt eo porrigi, *argum l. in re. Cod. mandat.* cum non adimat hoc pactum liberam dominii sui administrationem, quatenus pignoris ius creditori non lædit. Ergo nec porrigi possunt hæc verba ad inducendam cessionis prohibitionem.

134 Sed & ita contractus † interpretatio fieri debet, ut altera pars maneat indecepta, vel extra damnum, *leg. tertia, §. primo, ff. de recept. arbitr. leg. prima, §. magistratum, ff. de exercit. act. Menoch. consi. 68. numer. vigesimo tertio, Cravett. consil. trigesimo tertio numer. vigesimo primo, consil. nonagesimo primo, numer. undecimo, Iohann. Petr. Surd. consil. 143 numer. trigesimo quarto*, neque reprehensionem sapientum incurrat, *Menoch. dict. consil. 68. numer. vigesimo secundo. Iohann. Petr. Surd. dict. consil. 143. numer. trigesimo quinto, per l. Salvius Aristo, ff. de legat. præstand.* Sed ut omnis fraus excludatur, etiam ex eventu, *Menoch. dict. consil 68. numer. vigesimo quarto. per leg. prim. juncta l. nihil interest, ff. ad Senatusconsult. Maced.*

Imo vero pacto illo stari, quod alteri captiosum est, bonæ fidei adversatur, *Alciat. Respons. 77. numer. 3. libr. octavo, per leg. prima. & l. si id quod §. fin. ff. de rescind. vendit.* At nisi hoc nostro casu hæc admittatur interpretatio, ut cum ipse N. in præsenti non possit sua pecunia rem liberare, hoc ei liceat per alium & alterius pecunia, aut per cessionarium, N. omnino hoc eventu deceptus abiret damnumque summum accepturus, ac fraudaretur suo dominio, ex quo hoc prædium A. M. ad extraneos & heredum ab A. creditores pervenit, à quibus non est facilis recuperatio, imo usucapio vel præscriptio metuenda, *l. 1. l. 2. C. si advers. cred. Speculat tit. de præscr. §. 1 num. 29. versic. sed de hypothecaria, per l. si. C quib. non obst. long. temp. præscrip. Andr. Tiraquell. de retractat. ligna. §. 1. glos. 10. numer. 11. versic. & in simili dicimus de hypothecaria, quæ licet, &c.* Cum hi ex alia causa, & fortasse etiam bona fide incipiant possidere, *Speculat. dict. numer. 29.*

Præterea etsi vis illorum verborum, mit jrem Properen eigenem geld/ꝛc. hæc esset, ut à D. von G. & E. von W. eorumq; heredibus nemo alius quam H. & frater eius G. eorumve heredes propria sua pecunia tantum redimant, hoc tamen nō posset ad novos possessores scilic. G. à B. & A. creditores extendi, quippe quod saltem in favorem D. & E. hęc nō eorum heredum esset introductum intuitu matrimonii & cognationis;

Personarum † enim, nō causæ beneficium est, 135 quod vel nominatim personis tribuitur, vel cōmuniter cū qualitatis designatione, *gl. fi. in d. c. privilegium. & ibid. Petr. Peck. nu. 4.* At eiusmodi favor personalis ad extraneos, & quidem speciales successores non potest extendi. *per c. privilegium, de regul. jur. 6 l. in omnib. 68. l. privilegia quædam, 196. ff. eod.* quippe q̄ ratio affectionis & qualitatis designatæ in eis cessat. Proinde ẽ vidimus, hoc pactū quo † coarctatur facultas redimendi pignus pla- 136 ne usurarium esse, & infectam arguere mentem cupiditate usuraria: atq; ideo pactum illicitum & odiosum esse, *per c. 1. & to ti. ext. de usur. Carol. Molina, de usu. d. q. 35. n. 259. 260. & seqq. q. 50. n. 352. vers. hinc etiam communiter tenent, quod sola libertas se liberandi ablata vel restricta ab initio contractus facit cōtractum in totum usurarium & illicitum, &c.* Odiosa autem † sunt restringenda, favores autem ampli- 137 andi, *c. odia de reg. jur. 6. Anchora. consil. 356. Alciat. de præsumpt. reg. 3. præs. 34 nu. 13.* qui dicit, cum præsūptio debeat fieri in meliorem partem & videtur melior pars esse, per quam odia extinguuntur: quia annullatio actus odiosi est favorabilis, *l. 2. ff. de liber. & posth. her. instit.* Non ergo hæc verba usque eo extendi debent, ut adimant debitori eiusque heredibus, pignus luere cupientibus, facultatem redimendi illud, non solum per se, sed etiā per alium, qui illis hanc pecuniam credit, aut cui ius suum ipsi aut vendunt, aut cedunt.

Esse etiam horum verborum lōge alium sensum & effectum in præcedēte quæstione admonuimus, nempe, ut pecunia redimentis † sit pro- 138 pria in hoc, ut Creditoris, cui solvitur vel offertur, numeratione fieri possit, nec queat ab alio vindicari, vel consumpta cōdici, ut casus sunt *in d. l. rogasti, 11. § fin. cum ll. seqq. l. si socius, 16. l. non omnis, §. si pupillus, ff. de reb. cred. si cert. pet. l. interdum. ff. de condict. indeb. l qui sit. l. cum quis, §. qui hominem, l. qui decem, §. ultim. ff. de solut. Andr. Tiraquell. de retract. convent. §. 2 gloss. 1 numer. 9.* Qui sensus cum minuat pravitatem usurariam, & propius ad ius commune accedat, merito cuivis alii præferendus est, secundum ea quæ respondit Menochius *consi 37. num. 115. & 116. consi. 227. numer. 66. Pariu. consi. 19. numer. 6. volum. 1. Pariu. consi. 110. numer. 38. volum. 3. Roland. à Valle consil. 67. num. 86. consi. 80. num. 13. volumin. 3. fac. l. sed hæc nisi, ff. de jur. dot. leg. secunda, §. fin. ff. de administrat. rer. ad civit. pertin.*

Denique in terminis longe fortioribus, nempe in causa emptionis venditionis, cum pacto de retrovendendo, quo expresse convenerat, wā ste/(die G. von R.) oder jhre Erben es vor sich selbst/nicht lösen wolten/solte der zehend bey dem Capittul auff dem wiederkauff bleibē/Facultas † iu- 139 ridica Lipsiensis, referente Simone Pistoris, annuentibus Dn. Badthorno, & D. Iacobo Thomin, & D. Grellio, respondit, nō obstante tali pacto, q̄ personale videbatur, cessioni locum esse, ac iure potuisse Comites à N. hoc ius suum redimendi cedere Comitib. à St. quippe q̄ hoc ius redimendi, per hanc clausulam nō esset mere psonale effectum, sed reale mansisset, ratione dominii, aut iuris sibi in vēditione reservati: q̄cū alias in heredes trāsiret, nihil causæ erat, cur arbitrari deberet, hoc ipsū vēdi, vel cedi alii nō posse: deinde pacti isti᷒ hic scop᷒ & effect᷒ esse videbat᷒, q̄ Comites R.

heredem-

redemptionem nulli extraneo vellent concedere, ad istius extranei, sed saltem suam ipsius utilitatem, ut si cui vellent alii rursum oppignorare, vel cum pacto retrovenditionis vẽdere, huic extraneo capitulum præferretur: Ex quo negabatur sequi, quod Comites nõ possint ꝓpterea omne ius suũ à sese abdicare, atq; in alium transferre, cũ eo, quod illi adiunctum erat, onere: Quin potius Comites Sr. videbãtur in Comitum à R. ius succedere, ita ut & ipsi haud aliter vel per se vel per alios redimere queant, quàm ad usus proprios, seu propriæ utilitatis gratia, & non ob aliorum commoda, quibus forte denuo velint oppignorare, vel cum tali pacto vendere. Et cum D. Iaco.
140 Thoming. obiiceret supra recitatam † Zasii doctrinam, *libr. 2. sing. respons. c. 19. vers. ex qua doctrina singulariter. responsum est.* Zasium non loqui eo loci de iure redimendi, quod alicui iure dominii, quod debitor in pignore retinet, vel ex pacto de retrovendendo ratione veteris dominii alicui ꝓ se & ꝓ heredib. ei⁹ cõpetit, sed de eo, quod alicui ob singularem personæ favorem, aut in singulare privilegium concessum est: in quibus terminis non versamur. Responsum ergo tandem est unanimi consensu, cessionem iure factam esse. Quæ decisio extat apud Simon Pistor. *part. 3. illu. quæst. 109.*

Quod si ita est, ubi redemptio venditæ rei pacto reservata est, & pactum prædicto modo est expressum, quanto magis hoc locum habebit in pignoris redemptione, quæ competit debitori ipso iure velut domino? quãtoq; minus hæc verba, mit ihrem Properem eigenem gelde/ per quandam taciti interpretationem eo pertrahi patiemur, ac si extraneo, qui heres non sit, cedere, vel vendere, hanc rem non liceat?

Idq; e tanto minus hoc casu fiet: quoniam cũ res non maneant amplius apud heredes Creditorum D. & E. quibus oppignoratæ sunt, sed mutato titulo ad extraneos perveniant: nisi mature redimantur, metuendum est, ut nunquam ad N. veluti H. von W. heredes & proprietarios revertantur, ut supra admonuimus. Quo casu cum ipse non habeat paratam pecuniam, nihil prohi-
141 bet, quin possit vel mutuo † accipere, vel alii potestatem luendi vice sua facere, *Rol. à Val. consi. 28. num. 30. & 31. volum. 2.* aut etiam hoc ius suum vẽdere, aut cedere, *arg. eorum quæ scribit Cagnol. ad l. 2. num. 55. C. de pact. inter empt. & vendit. & Rol. à Val. respondet in d. consi. 28. num. 29. versic. octavo,* 30. & 31. quatenus non peccaverit, *in d. l. per diversas, & d. l. fi. C. mandat. & d. l. 1. ac. d. l. 2. C. ne lic. poten. & titul. Dig. & C. de alien. jud. mut. caus. fact. nos nõ etiam in t. Dig. & Cod. de litig.*

142 Nam omnia pacta intelliguntur, rebus † ita stantibus, ut quamdiu res, de qua pactum factũ est, in eo statu permaneat, pactis quoq; inhærendum sit: at mutato statu rerum, mutatur etiam observatio pactorũ, *l. quæro, § inter locatorẽ ff. locati. l. q. Serv. ff. de cond. caus. dat. Bar. in l. quoties, § si duo, ff. de here. instit. p text. in l. cũ quis. ff. de solu.* Et ideo licet regula sit, inquit, Tib. Decian. *respons. 38. num. 9. volum. 2.* quod semel placuit, amplius displicere non potest: tamen illa limitatur *per gloss. ibid.* nisi nova emergat causa: At nova causa hic emersit: Ideoque licet vis pacti illius immota fuisset, ea tamen nunc cessaret propter hanc novam causam, & mutatum rerum statum, *Menoch. consi. 23. num. 47. 48. apertius Philip. Corneus consi. 75. numer. 16. versic. facit, quia pactum intelligitur, volumin. 3. per l. continuus, §. cum quis, ff. de verbor. obligat. gloss. & Dd. ad d. l. quod Servius ff. de condict. caus. dat. Idem Corneus consi. 105. numer. 5 volumin. 4.* Ubi hoc affirmat etiam verum esse de non veniendo contra, *per c. quemadmodum, extr. de jureju. c. ne quis, 22. q. 2.*

Non obstat, quod hæc verba, mit ihrem Properem eigenem gelt/ iuncta cũ præcedente clausula vers. vnnd Wañeher/ etc. vim taxativæ particulæ habere videntur. Hoc enim negandum est, cum pacta sint distincta & separata, quia de rebus distinctis & separatis agunt, & † copulativa particula, vnd. 143
connectit ordinem sermonis, non ut copulativus fiat concursus utriusque clausulæ. Deinde negatur, quod clausula illa, vnnd wannehr/ sit restrictiva ad solos istos duos fratres, ac eorum heredes quo ad ius cessionis vel alienationis. *Id* enim natura sua hæc verba non important. Quin potius inde elicitur, hoc ius † luendi pignoris 144
etiam ex partium conventione ad heredes esse transmissibile: Ergo etiam cedibile, *Barthol. Socin. d. reg. 67. Ioban. Petr. Surd. consi. 92. num. 5. per d. leg. si ex pluribus, ubi Dyn. Bartol. & alij, de administr. tut.* ubi neq; specialis ꝓhibitio iuris aut pacti neque ẽt ratio exceptionis à regula evidens ac necessario concludens affertur, iuxta ea quæ scribit Iason *in l. si constante, numer. 236. & seqq. ff. solut. matrimon.* & respondet Roland. à Val. *dict. consi. 28. numer. 27. & 28. volum. 2.* Siquidem † standum 145
est regulæ, ubi de exceptione in specie non docetur *gloss. magn. & Dec. numer. 6. ad l. 1. ff. de reg. jur. Bald. ad c. 1. numer. 2. extr. de alien. jud. mut. caus. fact. & ad l. si tutor. in fin. C. de serv. pign. dat. Eberhard. in loc. legal. 9. ab except. ad regul. numer. 12. Ioseph. Mascard. de probat. conclus. 1261 per l. ab ea. ff. de probat. l. suus quoq; vers. puto, vers. propter qua. ff. de here dib. instit. c. ad decimas, versic. sitq; manifestum, nisi aliud ostendatur, de restitut. spol. 6. c. venerabilis, §. potest quoq; de sentent. excomm. 6.* Respondetur tertio quod imo etiamsi pactum † personale hoc es- 146
set, & hac mente factum, ut soli H. & G. eorumque heredes possint redimere propria sua pecunia, ob id tamen non impediti fuissent cedere: Nam ius capiendi alium propria authoritate, licet personale sit, cedi tamen potest, *Roland. à Valle, dict. consil. 28. numer. 21. numer. 2.* & ius retrovendendi etsi cohæret personæ, recte tamẽ ceditur, *Roland. dict. consil. 28. nu. 26.* etiamsi hoc ius retrahendi venditori eiusq; filio specialiter, hac ratione restrictiva reservatum sit, quia convenientius sit, ut venditor eiusq; filius facultatem retrahẽdi habeant, quàm alius, quia eius ab antiquo fuerit: Nã nihilominus hoc ius retrahendi alii cedi potest, ut post Paulum de Cast. *consf. 45. quod est primũ vol. 2. & Andr. Tiraq.* Respondet Rol. à Val. *d. consi. 28 n. 29. vers. 8.* Nam quod dicitur personalia iura cedi aliis non posse, procedit tantum in iure mere personali, secus in iure personali, quod cohæret personæ ratione rei, vel dominii, prout est facultas luendi pignus, & pactum de retrahendo vel revendendo, etiam ad personam restrictum: illud enim cedi potest, non obstante personalitate pacto iniecta, uti ꝓbat Goza. *in l. 2. n. 105. C. de pact.*

pact. inter empt. & vend. Rol. à Vall. 8. consil. 28. numer. 31. vers. non obstat, & 32. & num. 33. Respondetur quarto, quod etsi hæc omnia ita, ut obiecta
147 sunt, se haberent, tamē ex quo pactum † illud sapit affectam mentem usurarum cupiditate, pro illicito pacto reputandum, neq; servandum erit. Nam pacta illicita, quęq; legibus, vel sacris canonib. adversantur, ac peccatū fovent, servanda nō sunt, *l. 7. §. ait prætor, §. dolo, §. & generaliter ff. de pact. l. contra iuris, 28. eod. cap. 4. c. 5. c. 6. c. fin. extr. de pact. c. si diligenti, in fin. versic. nec iuramentum, c. conquestus, versic. cum autem valde sit iniquum, extr. de foro compet. cap. 2. c. unic. c. quia frustra, & tot. tit. extr. de usur.*

Deinde patet etiam mutatum esse rerum op-
148 pignoratarū † statum, & novam obrepsisse causam luendi. Qua de causa pacto huic stare non coguntur, *per d. l. continuus, §. cum quis ff. de verb. oblig. Corneus d. consil. 75. num. 16. vers. satis; quia pactū intelligitur, volum. 3. consil. 105. num. 3. volum. 4. Tib. Decian. d. resp. 38. numer. 9 volumin. 2.* Et nisi etiam hæc luitio per tertium fieri permittatur, gravitèr
149 læderentur heredes H. & G. von W. ut † bona fide urgeri non possint hoc pactum servare, *argu. l. 2. versic. modo id si bona fide fecisti, C. de repud. heredit. l. si vero, §. interdum, ff. de his qui deiec. vel eff. Tib. Decian. resp. 4. num. 35. volum. 1.* qui dicit, pacta quidē servanda esse, modo servari petantur bona fide, non in fraudem. Duplici ergo ratione efficitur, ut hic non procedat regula, de pactis servandis.

Quod porro videtur hac adiecta qualitate postulari, ut heredes nobilium à W. propria sua pecunia redimant, verū censetur hactenus, ut pecunia numeretur illa, quæ statim fiat accipientis: ut non ob & ea qualitate inferri possit prohibitio ces-
150 sionis: maxime cum pacta † sint stricti iuris, ut vidimus, neq; plus probent, q̄ exprimunt, *d. l. ad probationem, 21. C. de prob. l. quicquid, de verb. obl. d. l. si unus, §. ante omnia ff. de pact. Barthol. Soc. d. cons. 73. nu. 4 vol. 1. Mediol. P. ß. cons. 1. num. 29. consi. 19. n. 16. cōsi. 35. n. 7. vol. 1. Wesem. cons. 1. nu. 29. consi. 51. n. 4 & 5.* neque à separatis recte natillatio, *l. Papin. 25. vers. quid n. ff. de inoff. test. Ioh. Petr. Surd. cons. 150. n. 94.*

Proinde hoc quoque negatur, quod nullus horum verborum effectus, nulla operatio esset, & sic frustra posita viderentur, nisi admittamus eo modo, quo nobiles à B. & A. volunt interpretari: Imo ea adhuc multum operari, & commodam habere interpretationem, probatū est, maxime cū & evitatio peccati itemq; illiciti, nec non status mutatio, & circumventio ingens, quæ nimirum adversariorum intentioni adversantur, atq; hanc nostram interpretationem urgeant.

Negatur quoq; verba hæc vim conditionis habere, cum pure proponantur; neq; possint per subsequentem clausulam, vnd wann sie das sie die lösen, videri conditionem accepisse, cū ibi quid creditoribus vicissim incumbere debeat, si præmisso modo pecunia offeratur, describatur, ac verba illa daß sie die lösse also thun willen, demonstrandi gratia ponantur: ut si qua in his conditio est, non ea afficiat ipsam pecuniæ oblationē & solutionē, sed executionē, quæ ex parte creditorū subsequi debet.

Modū quidē faciendæ liberationis his verbis
151 describi cōcedit; At cū † modus ille non sit causa finalis ipsius cōtractus, sed solūmodō accedenti solutioni adiectus, & sic executioni, nihil obstat quia neq; impedit ipsum oblationis actum fieri, neque factū rescindi facit: Siquidem ita demum hoc facit, si modus adiectus, sit causa finalis & proxima conventionis, *l. cū te. C. de pact. inter empt. & vend. l. 1. C. de dona. quæ sub mod. Corset. singu. 61. Aym. Cravet. cons. 659. n. 1.* qua remota, quis contractu-rus non fuisset, *Crav. d. consil. 659. nu. 1. vers. sed enim causa per l. damni, l. in summa § id quoq; ff. de condict. indeb. l. cum tale, § falsam, ff. de cond. & demonstr.* Deinde videndum est, ut modus adiectus nihil illiciti contineat, *p. d. l. 7. §. & generaliter, ff. de pact.*

At quando hoc casu † coarctaret & deminue- 152
ret facultatem luendi pignoris cupiditate usurarum infectam mentem creditorum argueret, esserq; modus illicitus: eū cōtra *c. 1. c. 2. c. conquestus, extr. de usur.* fructus nō in sortem cōputare vetent, sed lucrari cupiant loco usurarum: quia antichresis constituta sit: Et sic non attendendus.

Neque huic refragatur † *c. salubriter, ext. de usu;* 153
ubi Papa Urbanus III. rescribit, generum non cōpelli fructus possessionum, quæ sibi à socero sunt pro numeranda dote pignori obligatæ, in sorte computare, cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda. Nam etsi hoc ita obtineat, dum utriq; coniuges, D von G & E von W. fuerunt superstites ac matrimonium perduravit, alendave ab heredib. D. fuit E. post mariti obitum: cessat tamē hęc decisio post E. mortem, tam in ipso marito superstite, quam in eius heredib. cessante sc. causa finali prædicti cap. salubriter, ut ibidem Panor. *col. 2. vers. secundo principaliter quæritur, post Innocent.* exposuit: quos etiam Anto. de Butr. secutus est, nec video quenquam Canonistarum dissentire. Ergo quod in D. & E. ab initio fuit absque usurarum pravitate, ex post facto in heredum personis resolutum est in negotium usurarium: quia cessante *d. c. salubriter,* dispositione, fructus lucrari non debuerunt, sed in sortem imputare, *iuxta d. c. 1. 2. & decisionum Innoc. Panorm. Ant. de Butr. & reliquorum Canonistarum.*

Respondetur hoc quoq;, modo † adiecto sta- 154
dū quidem esse, ut cuilibet alii licito & honesto pacto, dummodo idem status rei maneat; at eo mutato, non tenetur proprietarius modum servare, *per d. l. quæro, §. inter locatorem, ff. loca. Tib. Decia. d. resp. 38. num. 9. volum. 2. Corne. d. cons. 75. nu. 16. d. cons. 105. num. 3.* ut in periculum amittendæ rei suæ absq; sua culpa non præcipitetur, neque modus ei sit captiosus, quod contra bonam fidem est, *Alciat. d. resp. 27. nu. 3. lib. 8. Tib. Decia. d. resp. 4. n. 35. vol. 1.*

Postremum ex *Zas. 1. singul. respons. c. 19. si stipulor decem. vers. ex qua doctrina singulariter, &c.* adductum, paulò ante dilutum est verbis Simonis Pistoris *in d. quæst. 109. in fin. part. 3. illustr. quæst.* ostendentis Zasium in nostro casu nō loqui: Nam hęc pignoris redemptio, de qua nos agimus, non est mere personalis, sicut illa, de qua Zas. Qua † de 155
causa ius etiam aliud hic merito statuitur, *argum. l. aut facta, ff. de pœn. l. ut responsum, Cod. de transact. Mynsing. Respons. 99. numer. 3. 4. 5. Menochius cons. 50. numer. 1. Ioseph. Ludovic. decis. Rotæ Lucens. 44. numer. 61. & 62.*

QUARTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ETsi vero ex his palam est, non admodum necessariam esse huius quæstionis resolutionẽ, utrum N. possit mutuo pecuniam à C. von der W sumere, & pignus redimere, & in eventum ei idem obligare? an vero tutius sit ut cedat illi? tamen, si quis serio statuere velit, cessioni locũ esse non posse, ut huic etiam scrupulum eximamus, strictim quid iuris mihi videatur, aperiam.

Equidem non dubito, quin mutuo pecuniam sumere à W. vel quocunq; alio, & pro ea pecunia omnia sua bona præsentia & futura, & sic etiam in effectu hæc bona oppignorata, obligare possit, non obstante prætenso pacto, ut non aliter quam propria sua pecunia luant.

156 Nam cum † mutuum ex eo dictum sit, ut de meo tuum fiat, *l. 2. §. appellata, ff. de reb. cred. si cer. pet. §. 1. ubi Petr. Ricciard. num. 69. Instit. quib. mod. re con-*
157 *trah oblig.* Ac † definiatur contractus, quo res datur, quæ pondere, numero, & mensura constat cum spe recipiendi non idem in specie, sed tantundem in genere suo eiusdem bonitatis & qualitatis, *Thadeus Piso ad d. §. 1 num. 2. Instit. quib. mod. re contr. oblig ibi. Melchior Kling Iohann. Schneid. Mynsing Ludovic. Bebio, per ill text. & dict. l. 2. in prin. §. in mutui, ff. de reb. credit. & ibi Bartol.* Nec possit
158 aliter † contrahi, quam si huiusmodi pecunia detur, hoc est, dominium rei in accipientẽ transferatur, *d. l. 2 §. in mutui datione, d §. 1. ubi Dd Ludv. Bebio ad d. § 1 vers. tertio quod res, Petr. Ricciard. num. 6. versic. sequitur in hoc, per verba, versic. in hoc damus ut accipientium fiat, &c. Thad Piso. numer. 6. versic. quarto requiritur, &c.* Quid causæ est, cur mutuo accepta à vero domino credente, non debeat dici propria mutuo accipientis pecunia? Dominus enim adnumeratione factus est, adeo ut omne periculum statim ad debitorem pertineat, eique pereat, *l. quod te mihi, ff. de reb. cred. si cert. petat.* Quod si ergo hanc mutuo acceptam pecuniam N. debito loco & tempore testato totam obtulerit suis creditoribus von A. quiq; ab iis causam habeat, ac recusatam deposuerit consignatam, non dubito, quin liberatum sit pignus & actio pignoratitia cõperat. *per l. obsignatione, 9. ubi Dd. omnes C. de solut. Dd. ad l. Traiectitiæ, ff de oblig & act. & in l qui Romæ, 122. ff. de verbor. obligat. Anto. Gomez 2. var resol. cap 9. Iohann. Sichard, ad l. acce-*
159 *ptam, C. de usur.* Nec interest † creditorem istorum unde pecunia, quæ adnumeratur vel offertur, originem habeat, modo ipsi per adnumerationem domini possint effici, *arg. l. non nude, 7. C. si cert. pet.*

Nec facessit negotium, quod verba illa videntur hoc fine inserta, ut mutuo nõ accipiatur pecunia ad liberandum hoc pignus: tum quod alioqui minimæ essent operationis, tum quod ea amplectenda in dubio sententia, quam contrahentes tempore conventionis interrogati probabiliter expressissent, *Tib. Decian. Resp. 29 nu. 43. volum. 2. Rol. à Vall. consil. 37. n. 23. vol. 2.*

160 Primo enim notum est, adversus † eum, qui se in obscuro fundat interpretationem faciendam esse, *gl. in l. veteribus, ff. de pall. Tib. Decia. Resp. 89. numer 7. & Resp. 121. numer. 17. volum 3. per c. in præsentia, extr. de probat.* quia voluntas dubia non attenditur, *l. in ambiguo. ff. de reb. dub. l. si ait, ff. de usufr leg.* Deinde à tenore † contractus nullo modo est recedendum, & à verbis eius, inquit, Bald. *in l. ex hoc jure, ff. de just. & jur. vers. sexto quæritur*, quia vera, ait, interpretatio contractus est, quæ legi potest, *per d. l. ad probationem, C. de probat.* & quod legi in eo non potest, id pro omisso habendum, *Tiber. Decia. Respons. 21. numer. 6. volumin. 2.* At vero, ut ne quidem mutuo accepta pecunia liceat hoc pignus luere, in hoc contractu non legitur. † Tertio pacta sunt stricti iuris, ideoque extensivæ & ampleativæ interpretationi non est locus, *l. jubemus, C. ad Senatusconsultum Vellei. Wesembec. consi. 15. numer. 7. Roland. à Valle consi. 39. nume. 5. volum. 1.* ut in præcedente quæstione deductum est. Quod si per hæc verba concluderetur, non posse luitionem huius pignoris fieri pecunia mutuo accepta, non propria vi verborum obtineret, *per dict. §. 1. Instit. quib. mod re contr. oblig. cum ibi annot. d l. 2. in princ. §. 1. 2. 3 penultim. l. 5. l. proinde l. 9. § fin. ff. de reb. cred. si cert petat.* sed beneficio interpretationis ampliativæ & extensivæ. Quarto in † dubio semper capienda ac præferenda est ea interpretatio, quæ delictum excludit, *Bartol. in l. non solum §. sed ut probari, ff. de nov. oper. nunciat. per l. item apud, § si communem, ff. de jurejur. l. semper in obscur. ff. de regul jur. Tiber. Decian. respons. 92. numer. 129. volum. 2. Menoch. consi. 37. numer. 104. per l. merito, ff. pro soc.*

At si ea interpretatio † esset complectenda, quâ excluderẽtur proprietarii à luitione pignoris per mutuam pecuniam facienda, delictum usurarium introduceretur, *per d. c. 1. d. c. 2. d. c. fi.* & per ea, quæ ex Panormit. *in d. c. salubriter, vers.* secundo principaliter quæritur. *ext. de usur.* iunctis iis, quæ sunt apud Carol. Molinæ. *d. q 50 n. 352. vers. hinc et communiter.* Vitanda igitur ac reiiciẽda est hæc interpretatio, ut in specie de interpretatione usuratum pravitatem introducente respõdet Tib. Decia. *respons 35 num. 44. vol. 2.* Quinto interpretatio † illa est, sumẽda per q̃ minus lædit dispositio iuris communis, *Roland. à Vall. consi. 80. n. 13. volu. 3. per l. fin. § in computatione, C. de jur. deliber. Menoch. d. consi. 37 num. 115. & 116. consi. 227. numer. 66. Tiber. Decian. resp 29. num. 42. volum. 2. Aym. Cravett. cõs. 624. n. 7. consi. 630. numer. 10. consi. 920. num. 11. per l. 3 §. hac verba, ibi Bartol. ff. de neg. gest.* Quæque nimium obligat & nocet, *d l. semper in obscuris, ff. de regul jur. Tiber. Decian. resp. 29. numer. 44. volumin. 2. per. l. 3. ff de suspect. tut. Menoch. consi. 56. numer 38.* Minus autem lædit, minusque obligat, si ista repudiata, retineatur interpretatio sæpius à nobis adducta, & quidem si admittamus per hæc verba non impediri proprietarios mutua aliunde accepta pecunia luere pignus: Liberationi enim favet, & facilius ad liberationem hæc interpretatio deducit. Ad liberandum autem promptiores erimus, quam ad obligandum, *l. Arrian. ff. de verb. oblig.* Ideoq; etiam hæc interpretatio erit præferenda *Menoch. d. consi. 56. nu. 37.* Deniq; † pro eo, qui de damno certat vitando in dubio pronũciandum est contra eum, qui certat de lucro captando, *Bar. in l. cum mulier. ff. de damn. inf. Menoch. d. consi. 56. nu. 39* De damno autem vitando certat hoc casu proprietarii: creditores de lucro captãdo.

Conan-

161
162
163
164
165
166

conantur enim sub hoc prætextu diutius ingentes fructus ex re aliena pro minore summa percipere,& lucrari. Non ergo huic prætextui locus dandus est.

Nolim autem autor cuiquam esse,ut hanc pecuniæ summam mutuo à C. von der W. sumens proprietarius disertis verbis tantummodo oppignoret hæc bona X. M. nec etiã hoc pacto,quod facta luitione,velit pro certa pecuniæ summa ea bona prædicto C. tradere. Posset enim videri hoc modo quid conari in fraudem, *l.1.& tot.ti.C.de litig.nec nõ d.l.per diversas,& d.l.fin.C.manda*, aut certe,ut molestiorem subiiciat adversarium. Sed tutius existimo sub generali cautione omnium bonorum istam pecuniam publice & palam accipiendam esse. Nam sub ea etiam hæc bona conti-
167 nentur cum quo ad proprietatem † hypothecaria bona sint in dominio ac bonis seu patrimonio debitoris *l.cũ,& sortis,35.§.fin.ff.de pign.act.l.pignus,8.(alias,9.)C.eod.l.bonorũ 79.de verb.sig.l.sciendum,verb.jam qui solam proprietatem habet.vers. creditor,qui pignus accepit,ff.qui satisdi. cog.* adeo etiam, ut quo ad usucapionem & satisdationem non creditor,sed debitor per ipsum consequatur possidere,& sic usucapere, *d.l.sciendũ,vers.creditor,l.qui pignoris,36.l.seq.ff.de acquir.poss.* Deinde
168 generali† hypotheca omnia continentur & includuntur,quæ quis specialiter non excepisset, *l.1.l.6.ff.de pignor.* ut sic C. von der W. satis cautum sit,maxime si tantum inter cætera nominentur.

Tertio ita evitabuntur exceptiones quædam in factum,quas prætendere possent, creditores,
169 perinde ac si non † bona fide,sed per fraudem & machinationem quandam; aut certe simulate hoc mutuum contractum esset, quod fieri prohibetur, *in d.l.per diversas,& l.fin.C.mand.* Quarto quod ex supra recitata decisione Lipsensium apud Simon.Pistor. *d.quæst.109 par.3.* constat huius pacti,hanc vim esse posse,ut quamdiu heredes H. von W. nolint ad suum ipsius usum redimere,sed alii hæc bona pignori cedere,hi potiores esse debeant, qui ab E. von W. eiusq; marito descendunt. Ut igitur ex eo non censetur exceptio simulationis & fraudis, prædicta universalis cautio tutior est.

Quod si vendere N. hæc oppignorata bona & iura sua velit prædicto C. von der W. (vendere enim posse non dubitatur propter expressum text. *in l.si debitor.12.C.de distr.pign.*) velim hoc sta-
170 tim† antequã aliqua lis moveatur publice & palã fieri, *juxta d.l.p diversas.& d.l.fi.C.mãd.* ut C. vel uri universitatis istius emptor in locum N. trãsiens, suo nomine possit pecuniam offerre & actiones cessas intentare, *per dict.leg.si debitor 12.* quasi procurator in rem suam constitutus. Nam venditionem proprietatis prædicta verba non impedire, supra vidimus, ac vendi posse nihilominus probatum quoque est ex Simone Pist. *in quæst.109 part.3.*

QUINTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Quia autem sex vel septem argumenta in præmissa facti specie proponuntur, quibus Th. N. se ius luendi pignoris habere probare nititur: quia sit ex posteris & heredibus W. N. & C. von W. filiæ coniugum, quibus H. filii filiæq; omnia sua iura W. an. 1480. Martis die post Luciæ sacra iudicialiter cesserunt: Quæritur ergo, utrum hæc si probata fuerint sufficiant, an ulterius quid probare debeat, quo manifestius doceat, ius luendi pignoris ad se pertinere?

Circa huius quæstionis resolutionem tria sunt examinanda: Primo utrum ad W. N. & C. von W. filiam H. solidum ius luendi pignoris venerit,nec ne? Deinde quod si per cessionem ad eũ in solidum non venisset,an non solidum pignus vel ipse vel heredes eius luere potuissent? Tertio utrum Th. N. se & descendentem ex H. filia eiusque marito & heredem eorundem, & sic satis qualificatum ad hoc ius reluendi pignoris prædicto modo sufficienter ostendere possit? Et ut tribus:(quod dicitur) verbis ad primam controversiam decisive respondeam, per instrumentũ lit. E. notatum, satis superq; probatur, totum ma-
trimonium† omneq; ius quod defunctus H. von W. liberis suis reliquit,& in eos transmisit, p cessionem illam à fratrib.& sororib. C. translatũ esse in W. N. Et sic et solidum ius luendi huius pignoris, quantum eius H. von W. fuit. Nam etsi vox W mit allen seinen zugehörungen vñ gerechtigkeit videatur non de universo W. patrimonio, sed tantum de illo castro eiusq; pertinentiis loqui, idq; et particula relativa, also jnen das von ihrem Vatter vnd Mutter seligen/den Gott genade/ angefallen/ etc. multo magis probari videatur, cu hæc vox, das, & vox reciproca, seinen, manifesto referant Castrum W, das hauß W mit seinen/ & nõ universum patrimonium, sive bona, uti ex genere grammatico,& usu sermonis nostri vernaculi constare videtur: nec id parum quoq; adiuvari videatur, per verbum, angefallen/ quod tetn particularem, non universitatem bonorum denotare videtur, restringens titulum hereditatis universalem ad particularem: sequuntur tamen adeo prægnantia verba, ut nõ dubitem, maxime in antiquis, universalem cessionẽ, aut certe adeo amplam factam esse, ut inclusa intelligatur hæc luendi pignoris facultas. 171

Nam primo verba † illa, mit allen seinen zubehörungen vñ gerechtigkeit/ sunt universalia, nihil excludentia *l.omnia ff.de reb.cred.si cert.pet.l.Iulian. ff.de legat.3.l.a procuratore,C.mand.l.si pluribus, ff. de legat. 2. c.solitæ,extr.de major.& obed.c.si Romanorum distinct.19.* quam generalitatem verborum trahi ad casum improprium docuit gl. *in l.1. verb. anno, C.de quadrien præscr.* maxime in dispositione hominum & sic contractuũ, *Iason in l.1 §.nunciatio,n 6.ff. de nov.oper.nunc post Bal.in l.fin.circa med.C.sine cens. vel reliq gloss.in l cum pœna.ff.de recept.arbit. Bar.ad l. 2.ff.de nova.* & ad casus insolitos, *arg.l.tres fratres ff. de pact.l.sub prætextu.C.de transact.l.qui jure militari, ubi Ang.ff.de jur.milit.* 172

Quamvis autem hoc leve videri possit, quia salva hac interpretationis ratione hæc verba cõmode accipientur de Castri W. agris, pratis, hortis, pdiis, rusticis, pensionib.& censibus huic castro destinatis: ut videlicet hæc omnia inclusa intelligãtur, pter vocẽ seinen/ q restringere videtur ad castrum, cũ tamen nõ dicant contrahẽtes, das hauß od das schloß W. sed simpliciter W. non tã Castrum, quam universam familiã, h.e. totum

Nn 2 tum

QUARTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ETsi vero ex his palam est, non admodum necessariam esse huius quæstionis resolutionẽ, utrum N. possit mutuo pecuniam à C. von der W sumere & pignus redimere, & in eventum ei idem obligare? an vero tutius sit ut cedat illi? tamen, si quis serio statuere velit, cessioni locũ esse non posse, ut huic etiam scrupulum eximamus, strictim quid iuris mihi videatur, aperiam.

Equidem non dubito, quin mutuo pecuniam sumere à W. vel quocunq; alio, & pro ea pecunia omnia sua bona præsentia & futura, & sic etiam in effectu hæc bona oppignorata, obligare possit, non obstante prætenso pacto, ut non aliter quam propria sua pecunia luant.

156 Nam cum † mutuum ex eo dictum sit, ut de meo tuum fiat, *l. 2. §. appellata, ff. de reb. cred. si cer. pet. §. 1. ubi Petr. Ricciard. num. 69. Instit. quib. mod. re contrah. oblig.*

157 Ac † definiatur contractus, quo res datur, quæ pondere, numero, & mensura constat cum spe recipiendi non idem in specie, sed tantundem in genere suo eiusdem bonitatis & qualitatis, *Thadæus Piso ad d. §. 1. num. 2. Instit. quib. mod. re contr. oblig. ibi. Melchior Kling Iohann. Schneid. Mynsing. Ludovic. Bebio, per ill. text. & dict. l. 2. in prin. §. in mutui, ff. de reb. credit. & ibi Bartol.* Nec possit

158 aliter † contrahi, quam si huiusmodi pecunia detur, hoc est, dominium rei in accipientẽ transferatur, *d. l. 2. §. in mutui datione, d. §. 1. ubi Dd. Ludv. Bebio ad d. § 1. vers. tertio quod res, Petr. Ricciard. num. 6. versic. sequitur in hoc, per verba, versic. in hoc damus ut accipientium fiat, &c. Thad. Piso. numer. 6. versic. quarto requiritur, &c.* Quid causæ est, cur mutuo accepta à vero domino credente, non debeat dici propria mutuo accipientis pecunia? Dominus enim adnumeratione factus est, adeo ut omne periculum statim ad debitorem pertineat, eique pereat, *l. quod te mihi, ff. de reb. cred. si cert. petat.* Quod si ergo hanc mutuo acceptam pecuniam N. debito loco & tempore testato totam obtulerit suis creditoribus von Z. quiq; ab iis causam habeat; ac recusatam deposuerit consignatam, non dubito, quin liberatum sit pignus & actio pignoratitia cõpetat. *per l. obsignatione, 9. ubi Dd. omnes. C. de solut. Dd. ad l. Trajectitia, ff. de oblig. & act. & in l. qui Romæ, 122. ff. de verbor. obligat. Anto. Gomez. 2. var. resol. cap. 9. Iohann. Sichard. ad l. acce-*

159 *ptam, C. de usur.* Nec interest † creditorem istorum unde pecunia, quæ adnumeratur vel offertur, originem habeat, modo ipsi per adnumerationem domini possint effici, *arg. l. non nude, 7. C. si cert. pet.*

Nec facessit negotium, quod verba illa videntur hoc fine inserta, ut mutuo nõ accipiatur pecunia ad liberandum hoc pignus: tum quod alioqui minimæ essent operationis, tum quod ea amplectenda in dubio sententia, quam contrahentes tempore conventionis interrogati probabiliter expressissent, *Tib. Decian. Resp. 29 nu. 43. volum. 2. Rol. à Vall. cons. 37. n. 23. vol. 2.*

160 Primo enim notum est, adversus † eum, qui se in obscuro fundat interpretationem faciendam esse, *gl. in l. veteribus, ff. de pact. Tib. Decia. Resp. 89. numer. 7. & Resp. 121. numer. 17. volum. 3. per c. in præsentia, extr. de probat.* quia voluntas dubia non attenditur, *l. in ambiguo. ff. de reb. dub. l. si à iq. ff. de usufr. leg.*

Deinde à tenore † contractus nullo modo est recedendum, & à verbis eius, inquit, Bald. *in l. ex hoc jure, ff. de just. & iur. vers. sexto quæritur,* quia vera, ait, interpretatio contractus est, quæ legi potest, *per d. l. ad probationem, C. de probat.* & quod legi in eo non potest, id pro omisso habendum, *Tiber. Decia. Respons. 21. numer. 6. volumin. 2.* At vero, ut ne quidem mutuo accepta pecunia liceat hoc pignus 161

luere, in hoc contractu non legitur. † Tertio pacta sunt stricti iuris, ideoque extensivæ & ampleativæ interpretationi non est locus, *l. jubemus, C. ad Senatusconsultum Vellei. Wesembec. consi. 15. numer. 7. Roland. à Valle consi. 39. nume. 5. volum. 1.* ut in præcedente quæstione deductum est. Quod si per hæc verba concluderetur, non posse luitionem huius pignoris fieri pecunia mutuo accepta, non propria vi verborum obtineret, *per dict. §. 1. Instit. quib. mod. re contr. oblig. cum ibi annot. d. l. 2. in princ. §. 1. 2. 3 penultim. l. 5. l. proinde l. 9. § fin. ff. de reb. cred. si cert. petat.* sed beneficio interpretationis ampliativæ & extensivæ. Quarto in † dubio 162

semper capienda ac præferenda est ea interpretatio, quæ delictum excludit, *Bartol. in l. non solum §. sed ut probari, ff. de nov. oper. nunciat. per l. item apud, §. si communem, ff. de jurejur. l. semper in obscur. ff. de regul. jur. Tiber. Decian. respons. 92. numer. 129. volum. 2. Menoch. consi. 37. numer. 104. per l. merito, ff. pro soc.* 163

At si ea interpretatio † esset complectenda, qua excluderẽtur proprietarii à luitione pignoris per mutuam pecuniam facienda, delictum usurarium introduceretur, *per d. c. 1. d. c. 2. d. c. fi.* & per ea, quæ ex Panormit. *in d. c. salubriter, vers.* secundo principaliter quæritur, *ext. de usur.* iunctis iis, quæ sunt apud Carol. Molinæ, *d. q. 50 n. 352. vers. hinc ẽt communiter.* Vitanda igitur ac reiiciẽda est hæc interpretatio, ut in specie de interpretatione usurarum pravitatem introducente respõdet Tib. Decia. *respons. 35 num. 44. vol. 1.* Quinto interpretatio † illa est, sumẽda per quã minus lædit dispositio iuris communis, *Roland. à Vall. consi. 80. n. 13. volu. 3. per l. fin. § in computatione, C. de jur. deliber. Menoch. d. consi. 37 num. 115. & 116. consi. 227. numer. 66. Tiber. Decian. resp. 29. num. 42. volum. 2. Aym. Cravett. cõs. 624. n. 7. consi. 630. numer. 10. consi. 920. num. 11. per l. 3 §. hæc verba, ibi Bartol. ff. de neg. gest.* Quæque nimium obligat & nocet, *d. l. semper in obscuris, ff. de regul. jur. Tiber. Decian. resp. 29. numer. 44. volumin. 2. per. l. 3. ff. de suspect. tut. Menoch. consi. 56. numer. 38.* 164

Minus autem lædit, minusque obligat, si ista repudiata, retineatur interpretatio sæpius à nobis adducta, & quidem si admittamus per hæc verba non impediri proprietarios mutua aliunde accepta pecunia luere pignus: Liberationi enim favet, & facilius ad liberationem hæc interpretatio deducit. Ad liberandum autem promptiores erimus, quam ad obligandum, *l. Arrian. ff. de verb. oblig.* Ideoq; etiam hæc interpretatio erit præferenda *Menoch. d. cons. 56. nu. 37.* Deniq; † pro eo, qui de damno certat vitando in dubio pronũciandum est, contra eum, qui certat de lucro captando, *Bar. in l. cum mulier. ff. de damn. inf. Menoch. d. cons. 56. nu. 39* De damno autem vitando certãt hoc casu proprietarii: creditores de lucro captãdo. 165

Conan-

166

conantur enim sub hoc prætextu diutius ingentes fructus ex re aliena pro minore summa percipere, & lucrari. Non ergo huic prætextui locus dandus est.

Nollem autem autor cuiquam esse, ut hanc pecuniæ summam mutuo à C. von der W. sumens proprietarius disertis verbis tantummodo oppignoret hæc bona A. W. nec etiā hoc pacto, quod facta luitione, velit pro certa pecuniæ summa ea bona prædicto C. tradere. Posset enim videri hoc modo quid conari in fraudem, *l.1. & tot. ti. C. de litig. nec nō d. l. per diversas, & d. l. fin. C. manda*, aut certe, ut molestiorem subiiciat adversarium. Sed tutius existimo sub generali cautione omnium bonorum istam pecuniam publice & palam accipiendam esse. Nam sub ea etiam hæc bona conti-
167 nentur cum quo ad proprietatem † hypothecaria bona sint in dominio ac bonis seu patrimonio debitoris *l. cū, & sortis, 35. §. fin. ff. de pign. act. l. pignus, 8. (aliis, 9.) C. eod. l. bonorū 79. de verb. sig. l. sciendum, verb. jam qui solam proprietatem habet. vers. creditor, qui pignus accepit, ff. qui satisdic. cog.* adeo etiam, ut quo ad usucapionem & satisdationem non creditor, sed debitor per ipsum consequatur possidere, & sic usucapere, *d. l. sciendū, vers. creditor, l. qui pignoris, 36. l. seq. ff. de acquir. poss.* Deinde
168 generali † hypotheca omnia continentur & includuntur, quæ quis specialiter non excepisset, *l. 1. l. 6. ff. de pignor.* ut sic C. von der W. satis cautum sit, maxime si tantum inter cætera nominentur.

Tertio ita evitabuntur exceptiones quædam in factum, quas prætendere possent, creditores,
169 perinde ac si non † bona fide, sed per fraudem & machinationem quandam, aut certe simulate hoc mutuum contractum esset, quod fieri prohibetur, *in d. l. per diversas, & l. fin. C. mand.* Quarto quod ex supra recitata decisione Lipsensium apud Simon. Pistor. *d. quæst. 109 par. 3.* constat huius pacti, hanc vim esse posse, ut quamdiu heredes H. von W. nolint ad suum ipsius usum redimere, sed alii hæc bona pignori cedere, hi potiores esse debeant, qui ab E. von W. eiusq; marito descendunt. Ut igitur ex eo non caueetur exceptio simulationis & fraudis, prædicta universalis cautio tutior est.

Quod si vendere N. hæc oppignorata bona & iura sua velit prædicto C. von der W. (vendere enim posse non dubitatur propter expressum text. *in l. si debitor, 12. C. de distr. pign*) velim hoc sta-
170 tim † antequā aliqua lis moveatur publice & palā fieri, *juxta d. l. p diversas. & d. l. fi. C. mād.* ut C. vel uti universitatis istius emptor in locum N. trāsiens, suo nomine possit pecuniam offerre & actiones cessas intentare, *per dict. leg. si debitor 12.* quasi procurator in rem suam constitutus. Nam venditionem proprietatis prædicta verba non impedire, supra vidimus, ac vendi posse nihilominus probatum quoque est ex Simone Pist. *in quæst. 109 part. 3.*

QUINTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Quia autem sex vel septem argumenta in præmissa facti specie proponuntur, quibus Th. N. se ius luendi pignoris habere probare nititur: quia sit ex posteris & heredibus W. N. & C. von W. filiæ coniugum, quibus H. filii filiæq; omnia sua iura W. an. 1480. Martis die post Luciæ sacra iudicialiter cesserunt: Quæritur ergo, utrum hæc si probata fuerint sufficiant, an ulterius quid probare d. beat, quo manifestius doceat, ius luendi pignoris ad se pertinere?

Circa huius quæstionis resolutionem tria sunt examinanda: Primo utrum ad W. N. & C. von W. filiam H. solidum ius luendi pignoris venerit, nec ne? Deinde quod si per cessionem ad eū in solidum non venisset, an non solidum pignus vel ipse vel heredes eius luere potuissent? Tertio utrum Th. N. se & descendentem ex H. filia eiusque marito & heredem eorundem, & sic satis qualificatum ad hoc ius reluendi pignoris prædicto modo sufficienter ostendere possit? Et ut tribus: (quod dicitur) verbis ad primam controversiam decisive respondeam, per instrumentū lit. E. notatum, satis superq; probatur, totum matrimonium † omneq; ius quod defunctus H. von 171
W. liberis suis reliquit, & in eos transmisit, p cessionem illam à fratrib. & sororib. C. translatū esse in W. N. Et sic ēt solidum ius luendi huius pignoris, quantum eius H. von W. fuit. Nam etsi vox W mit allen seinen zugehörungen vñ gerechtigkeit videatur non de universo W. patrimonio, sed tantum de illo castro eiusq; pertinentiis loq. idq; ēt particula relativa, also jnen das von ihrem Vatter vnd Mutter seligen/den Gott genade/ angefallen/ &c. multo magis probari videatur, cū hęc vox, daß, & vox reciproca, seinen, manifesto referant Castrum W. das hauß W mit seinen/ & nō universum patrimonium, sive bona, uti ex genere grammatico, & usu sermonis nostri vernaculi constare videtur: nec id parum quoq; adiuvari videatur, per verbum, angefallen/ quod rem particularem, non universitatem bonorum denotare videtur, restringens titulum hereditatis universalem ad particularem: sequuntur tamen adeo prægnantia verba, ut nō dubitem, maxime in antiquis, universalem cessionē, aut certe adeo amplam factam esse, ut inclusa intelligatur hæc luendi pignoris facultas.

Nam primo verba † illa, mit allen seinen zugehörungen vñ gerechtigkeit/ sunt universalia, nihil 172
excludentia *l. omnia ff. de reb. cred. si cert. pet. l. Iulian. ff. de legat. 3. l. à procuratore, C. mand. l. si pluribus, ff. de legat. 2. c. solita, extr. de major. & obed. c. si Romanorum distinct. 19.* quam generalitatem verborum trahi, ad casum improprium docuit gl. *in l. 1. verb. auas, C. de quadrien præscr.* maxime in dispositione hominum & sic contractuū, *Ias. in l. 1 § nunciatio, n 6. ff. de nov. oper. nunc post Bal. in l. fin. circa med. C. fine cens. vel reliq. gloss. in l. cum pœna. ff. de recept. arbit. Bar. ad l. 2. ff. de nova*, & ad casus insolitos. *arg. l. tres fratres ff. de pact. l. sub prætextu, C. de transact. l. qui jure militari, ubi Ang. ff. de jur. milit.*

Quamvis autem hoc leve videri possit, quia salva hac interpretationis ratione hæc verba cōmode accipientur de Castri W. agris, pratis, hortis, pdiis, rusticis, pensionib. & censibus huic castro destinatis: ut videlicet hæc omnia inclusa intelligātur, ppter vocē seinen/ q̄ restringere videtur ad castrum, cū tamen nō dicant contrahētes, das hauß od das schloß W. sed simpliciter W. non tā Castrum, quam universam familiā, h. e. to-

tum hoc matrimonium W. h. e. deto von W. cessisse videri possunt, *argum. l. pronunciatio, 195. §. 1. vers. in res, ff. de verbor. sign. Theophil. ad princip. & §. sed neq; Inst. de testam. l. 1. & tot. tit. ff. famil. ercisc.* ubi familia pro hereditate dicitur: Et hoc eo magis, quod facultas luendi huius pignoris destinatione patrisfam: poterat videri esse in accessione Castri illius W. veluti domus principalis, *argu. l. prædiis, §. qui domum, ff. de legat. 3.*

173 Deinde versic. vnd forth † was jhme davon/ etc. est clausula extensiva & amplificat & extendit pmissam cessionem ad omnia alia, quæcunq; illa sunt acquisita & acquirenda, per successionem vel hereditatem delata vel deferenda: vnnd forth was jhme davon nach dato dieses briefs anfallen vnd anerben mag/ etc. Hæc certe de solis pertinentiis accipi non possunt: alioqui nihil præcedentibus adiicerent, nihil extenderent, & starent absque propria operandi virtute, quod neq; verba contrahentium, *l. ille aut ille, in fin. ff. de legat. 3.* neq; mens. *Ias. ad l. 7. §. prætor ait, num. 15. ff. de pact. Zas. cons. 12. num. 43. 44. 45. volum. 1.* neq; ius ipsum permittit, *secundum Bald. ad Rubric. Cod. de contrah. empt. & vendit. quæstio. 9. Roland. à Valle consi. 67. numer. 24. volumin. 1. Tiber. Decian. resp. 30. nume. 23. volum. 1.*

174 Accedit tertio & hæc extensiva clausula, daß kein siegel † oder brief/ auff einige andere sprache/ h. e. sive sint sigilla & instrumenta de quacunque alia obligatione. Nam vox, Sprache/ vernacula nostra, ad obligationes & actiones, quæ intentari adversus quempiam possunt, referri omnib. notum est, qui ea utuntur. Quæ interpretatio tanto magis hic locum habet, quia coniungitur hæc dictio extensive cum sigillis & literis, quæ castrum W. eiusque pertinentia respiciunt, cum tamen additur, auff einige andere sprache/ h. e. de quacunq; alia obligatione concepta, vix est, ut salvo verborum contextu & salva verborum pprietate eorumq; propria operatione, adeo stricte hæc accipi possint. Nā vox, einige andere/ extendit hanc clausulam ad omne aliud obligationum & instrumentorum genus, quam de quarū rerum instrumentis in præcedentib. verbis ac clausulis actum est, ac includit quodcunq; aliud obligationum & actionum genus sibi cōpetens.

175 Vox enim, † einigē, respondet voci quæcunq; quæ & ipsa universalis est, *l. cum quid, ff. de reb. cred. si cert. pet.* ita ut extendi debeat in infinitum ad omnia instrumenta & quascunq; obligationes, ut in simili de successionibus quibuscunque respōdit Paris. *cons. 26. n. 26. cons. 69. n. 65. vol. 3. Iacob. Menoch. cons. 6. n. 15. vol. 1. cons. 197. num. 75. vol. 2. Rol. à Vall. cons. 21. n. 9. vol. 2. Anto. Gabriel. lib. 6. tit. de verb. sign. concl. 4. comm. opin. & de obligationib. & contractib. Iason in l. filiofam. ff. de legat. 1. per l. 2. §. prætor, nu. 3. & 5. ff. qui satisd. cog.* maxime quando plura alia

176 verba † generalia, ut hic, concurrunt; tunc enim ne quidem ad idoneos & identicos tantum restringi potest, sed in infinitum accipere oportet, ut idem Iason multis confirmat *in d. l. 2. §. prætor, nu. 3. 4. & 5. ff. qui satisd. & in d. l. 1. §. nunciatio, num. 5. vers. ego limito alio modo, ff. de nov. oper. nunc.* ubi dicit se etiam hoc axioma de nova lege & statutis universaliter loquentibus, quod restringi debeant ad habile subiectum, ut quam minime à iure communi recedat, limitare alio modo notabili, ut non procedat, quando lex vel statutum uteretur termino universali, & ultra terminū universalē adderet alia verba geminata, eaq; generalia, quia nō posset cōgrue fieri restrictio ad habiles, quia verba non paterentur, *l. 4. § tetiet, ubi Bart. ff. de damn. inf. l. quod constitutum, ff. de mil. testam. Bart. in l. si de certa, C. de transact.* Quanto igitur magis in contractibus, in quib. alias regula hæc obtinet, verba universalia universaliter, non restrictive, nec de habili tantum accipienda esse, *ut idē Ias. in d. l. 1. §. nunciatio, n. 6. & in d. l. 2. §. prætor, n. 4. ff. q. satisd. cog. Rol. à Vall. cons. 61. n. 44. vol. 1.* Quod si ergo in contractibus concurrant universalia plura, eaq; geminata, propter enixam voluntatem contrahentium se minime coarctantium, multo minus coarctari debent, sed absolute & infinite accipi, *Eberh. à Middelb. in loc. à Geminat. Paris. consi. 10. nū 57. consi. 32. num 52. consi. 131. num. 1. volum. 1. consi. 9. num. 42. consi. 12. numer. 145. consi. 24. numer. 30. consi. 50. numer. 21. volumin. 2. Tiber. Decia. Resp. 2. nu. 137. consi. 12. num. 41. volumin. 1.* ut augmentum operentur inquit Jason *in dict. l. 2. § prætor, num. 4. vers. imo operarentur augmentum, ff. qui satisd. cog.* ubi hoc tribus exemplis comprobat. Imo ut includant & comprehendant etiam casus, qui in simplici dispositione non venirent, ut ex Ruino *consi. 18. num. 19. volumin. 2.* probat Hondedæus *cons. 49. numer. 11 volumin. 1.* etiam improprios ac maiores expressis, inquit idem Hondedæus, *dict. consil. 49. numer. 12. post Andr. Tiraquell. de retract. lign. §. 1. gloss. 7. num. 20. & seqq & Cacheran. decis. Pedem. 102. nu. 4.*

Et quia iungitur hæc vox, † einigen, h. e. quæcunq;, cū voce, andern, h. e. aliis, q. d. de quibuscūque aliis obligationib. ideo diversas ab expressis actiones & obligationes hæc verba includunt: siquidem illorum verborum, einige andere/ quæcunq; aliæ, hæc natura est, ut diversa ab expressis referantur, *Socin. senior. consil. 300. nu. 2. vers. tertio principaliter, vol. 2. Socin. Iunior cons. 97. num. 5. vol. 3. Ioh. Vincen. Honded. d. cons. 49. num. 13.* ex quo nume. 14. infert: quod hac dictione, alia, adiecta verbo, quæcunq;, omnes aliæ diversæ & maiores inclusæ esse intelligi debent, *secund. gloss. in clem. 1. verb. quarū ubi Imol. de sent. & re judic. Socin. sen. consi. 150. num. 12. versic. pondero, volum. 1. Rimin. junior. cōsil. 84. numer. 39. volumin. 1.* & ex dictis verbis extensio fit etiam ultra naturam actus, *Curt. jun. consi. 307. numer. 3. & seqq. volumin. 3.* & si aliter diceretur, impropriaretur natura dictorum verborum, & verba illa, einige andere essent penitus frustratoria & superflua: quod non † est admittendum, cum nullum verbum *l. si quando, ff. de leg. 1. c. si Papa, de privil. 6. Honded. dict. consi. 49. numer. 16.* imo ne quidem syllaba superflue & sine propria virtute operandi stare in contractu debeat, *Aym. Cravet. cons. 201. numer. 13. Francisc. Mar. decis. 471. numer. 12. part. 1. Iohann. Honded. dict. consi. 49. nu. 16. & 17. vol. 1.*

Quarto multo magis hanc extensionē ad quæcunq; & omnem obligationē cedentibus competentē, & sic etiam ad hanc pignoris luendi potestatē, postulat & urget verb. wothange † weise man das benehmen mag/ vnd gelegen ist/ etc. h. est, quocunq; modo dici possunt & situm est. Nā vox

wotha-

wethanige weise/respondere verbis,quocunque modo apertum est. Nominari quid posse,omne id includit,quod quoquo modo certo nomine vel certa aliqua demonstratione indicari potest, atque in infinitum hoc se porrigit, *per l. certum est, ff. de reb. cred. si cert. petat.* Additur & situs seu locus universalis,quicunq; & ubicunq; situm est, ut & res expressis maiores & aliæ comprehendantur. Regitur enim vox gelegen ist/ æque à voce, wethanige weise/ uti vox / benehmen. Ut itaque hic multiplex geminatio universalitatis tam rei,quam loci concurrat,& prædicta iura hic locum habere tanto magis ostendatur.

180 Quinto additur & hæc universalis † clausula, nichts vberall davon außgescheidē / penitus nihil ex eo excepto,cuius operatio est,ut ostendat liberam & enixam volūtatem,firmumq; propositum,& infinitatem universæ rei,quæcunq; sub illam verborum generalitatem cadere potest, *ut pluribus ostendunt Paris. d. consil. 10. num. 57. d. consil. 32. nu. 52. cons. 131. n. 1 vol. 1. d. cons. 9. n. 42. cons. 12. n. 145. cons. 24. nu. 30. lib. 2. cons. 9. n. 20. vol. 3. Tib. Dec. resp. 50. n. 20. vol. 1. resp. 24. n. 14. vol. 2.*

Sexto,in vers. haben darauff dem jurg etc. W. M. vnd C. etc. exprimitur inter cætera causa non tantum impulsiva sed etiam finalis,quando dicunt, alß dem rechtē blute zugehörige zu W. etc. se ideo eis cedere, quia sint de vero sanguine W. cui W. debeatur,& quod non cedant eis,ut cuilibet alii,sed ut heredibus de sanguine, cui W. debe-

181 tur. Causa autem adiecta,præsertim finalis,† arguit ipsum negotium & hoc extendit eo usque, quo ipsa se extendit. *l. 1. in fin. C. ut act. ab hered & in hered* quia significat principalem intentionem secundum Dec. *consil. 350. numer. 4.* quæ non debet impediri propter nimiam subtilitatem. *Rol. à Val. consil. 58. num. 86. volum. 3.* Deinde hæc verba titulum quoque cessionis non minus,quam rem exprimere videntur,nempe quod in eos,veluti veros heredes & verum sanguinem hereditarium velint W. translatum esse,una cum omni eo,quod ad sanguinem in W. pertinet.

182 Septimo,verba illa, vnd † was dazu gerechtigkeit vnd eingesetzet/ etc. diligenter sunt ponderanda N. non solum cum pertinentiis W. volunt W. & C. cessum,verum etiam cum eo, quod ad illud obstrictum,quodq; oppignoratum est. Vox n. gerechtiget / est passiva,significās id,quod iuri W. quoquo modo subiectū & obligatū est. Vox dein

183 de,† eingesetzt revera similis est verbo hypotheca tū oppignoratūve est,tā active,quā passive. Igitur & hæc obligatio pignoratitia cessa esse intelligitur, cū is qui omne dicit nihil excludat, *d. l. Iulian ff. de legat. 3. d. l. omnia, cum ibi annot. ff. de reb. cred. si cert. petat, cum simil.* nec oporteat hæc verba stare sine operatione: At si nihil exprimerent hæc verba ultra hortos,agros,prata & reditus ad castrum W. veluti ad castrum destinata,starent sine omni virtute operandi,quia hæc iam ante & quidē statim ab initio satis amplissime erant expressa.

Octavo quoq; diligenter observandum est,quod dicunt,se cedere & tradere, vbergeben all ihr beweiß/ siegel vnd briefe/ so sie darauff sprechen habē. Atq; constet omnia instrumenta & literas probatorias super omnibus bonis H. von W & sic etiam inter has, reversales,ac pacta dotalia Th. von G. genandt A. & E. von W. super A. M. apud W. von N. eiusq; heredes extitisse,& nunc etiā extare. Ex quo colligitur,cessas illi fuisse omnes literas hereditarias omniaq; documenta hereditaria,quæ in H. hereditate fuerūt reperta. Quo probabile redditur,universalem hāc fuisse cessionē,

184 cum † ab effectu causa cognoscatur, *l. non codicillū, C. de testam. l. nihil interest ad L. Corn. de Sicar l. quo minus, ff. de flumin.* talisq; causa præsumatur,qualis effectus apparet. Menoch. de præsumpt. *li. 1. quæst. 18 num. 15. per l. cum de in rem verso. ff. de usur. ubi Bartol.* Et ex † præsenti ducitur argumentum ad 185

præterita,ita retro quoque fuisse, *l. si tamen, §. ei, qui ff. de ædil. edict. l. si ut certo, §. custodiam ff. commod. Menoch. de præsumpt d. li. 1. quæst 19. num. 6 quæst. 14. num. 37. 38. 39. 41. 47.*

Nono ex instrumento litera F. consignato cōstat,quod W. N. in W. solus habuit literas reversales O. super decimis in W. quas G. von W. Senior(ita dictus respectu G von W. filii H. von W) pro ducentis aureis clypeatis anno 1390. in die Gregorii oppigneraverat I. von dem W. & J von D & cum hoc W. eoq; M. O. novavit hūc contractum,quo prior summa aucta, & pactum factum est,de modo & forma solvendi,q iod factum est ao. 1480 Lunæ post festum ad Cathedras. Ex quo rursum constat,non solum habuisse ex hac cessione omnia instrumenta hereditaria in W. non minus super aliis rebus,quam pertinentibus verum et plenam potestatem earum rerum consecutum fuisse,etiam earum, quæ G. senioris fuēre. Nisi n solus omne ius ex prædicta cessione W. habuisset idq; novasset M. O. procul dubio is M. O. novationē & augmentum, mutationemq; pacti cum eo nō iniisset,quippe quod nemo præsumitur velle iactare suum, *l. cum de indebito ff. de proba. cum simil.*

186 Decimo consideran la est,renunciatio † fratrum & sororu n von W liberorum H. in dicto instrum. ento E. signato vñ haben darauff verzichē etc. vers. nach dato dieses briefs/ alo. dicun, von W mit allen etc. vnd gerechtigkeit/ alß further etc. vnnd W. M C seine haußfraw vnnd ihre Erben jurg etc. dadamit bestehē sollen etc. vñ bleiben zu den ewigē tagen/ etc. Ecce hoc loco profitentur & faciunt se exheredes von W ac solos hos duos coniuges W. & C. eorumq; re heredes constituunt heredes in W. & omnium prædictorum,ac si soli heredes H extitissent Universalis ergo hæc cessio fuit: alio qui se frustra fecissent exheredes.

Non dubitandum,quod vers. Weßthausen mit allen seinen zubehörungen/ etc. nō videatur accipiendus

187 de † omni certa totius hereditatis cessione, sed tantum de hoc unico castro cum pertinentiis: Primo enim sequentium clausularum generalitas eaque sæpius geminata: Deinde quod nominatim extendunt hanc cessionem auff alle ansäll/ in vers. vnd forth was jhme etc. ac præterea etiā ad alia instrumenta quæcunq; das seind siegel oder brief auff einige od andere Sprache/ etc. nec nō expressa causa finalis, & reliqua supra deducta, hæc,inquam,omnia & multa alia non patiuntur eam restrictionem per doctrinam Iason. *in d. l. 1. § nunciatio nu. 6. & in d l. 2. § præter numer. 3. 4. 5. & reliquaj ita modo allegata.*

Nec etiam ob eandem causam obstat clausu-
la alß jhnen das von jhren/ꝛc. Nam & hæc redi-
mendi facultas & reliqua iura à patre H. & ma-
tre sua C. per successionem acceperant, à quibus
tamen seipsos cedendo excludũt & exheredes fa-
ciunt. Deinde coniungitur cum voce, anfallen/
hæc clausula, vnd angeerbet ist: Ut ita ad ius he-
reditarium cedendum hic quoq; spectent. Ac
deniq; cum omnia instrumenta, & inprimis etiã
literæ reversales sub litera C. præmissæ, sint apud
heredes W. ac C. tanto minus dubitandum est,
eas quoque una cum cæteris cessas fuisse W. &
C. tum propter generalitatem clausulæ, alle jhre
beweiß/siegel vnd briefe sie darauff sprechen habẽ/
ꝛc. tum quod nisi hoc dicamus W. & C. eorum-
que heredes subtractionis vel similis alicu⁹ ma-
leficii, vel quasi rei arguerentur, quod præsume-
re indecorum est, ob id, quod delictum vel quasi
188 in † dubio non est præsumendum. *l. merito, ff. pro
socio. Bursat. consi. 94. numer.* 10. *& consi.* 111. *numer.*
24. *Menoch. consi.* 99. *numer.* 12. *consi.* 82. *numer.* 105.
Alciat. de præsumptio. regul. 3. præs. 1. *numer.* 1. *Fluv. Pa-
cian. libr.* 1. *de probat. capit.* 10. *numer.* 83. *libr.* 2. *cap.* 40.
numer. 16. *Ioseph. Mascard. de probat. conclus.* 495. *nu-
mer.* 1. ubi nihil de genere prohibitorum appa-
ret, nec ulla species illiciti extat, ut ex limitatio-
bus, Mascardi ibid. colligitur. Atque hæc de pri-
mo dubio.

Ad secundum respondetur quoq; affirmati-
189 ve. Est enim pignoris † obligatio individua, ita ut
pro parte pignus non liberetur, *l. si necessarias. §. si
unus. ff. de pign. act. l. unus, ex multis,* 16. *C. de distr. pign.
l.* 1. *&* 2. *C. si unus ex plurib. hered. cred. vel. deb. l.* 2. *C. de
hered. act.* licet obligatio, pro qua pignus datum
est, vel hypotheca constituta ipso iure inter here-
des debitoris sit divisa pro hereditariis portioni-
bus. *d. l.* 2. *C. de here. act. ubi gl. & Dd. l.* 6. *C. fam. ercis.*

Quia autem lex 12. tabb. ius hypothecæ non
dividit, *d. l.* 1. *C. si unus. ex plurib. her. cred. vel debit.* id-
190 eoq; nec ex persona heredum conditio † obliga-
tionis illius mutari debet, *l.* 2. *vers. non n. ex ꝑsona. ff.
de verb. obl.* aut si possent singuli heredes pro viri-
li portione solventes pignus pro sua parte libe-
rare, iniuria creditor afficeretur mutata condi-
tione obligationis ex persona heredum promis-
soris, quod iniquum est *ex d. l.* 2. *vers. non enim ex p-
sona, & ibi interpp.* Quo fit ut uno heredum por-
tionem suam solvente, pign⁹ ne quidem pro sua
parte liberet, *d. l. unus ex multis.* 16. *ubi gloss. & Dd.
C. de distract. pign. dict. leg. si necessarias,* 8. *§. si unus, dict.
leg. prima, leg. secunda, Cod. si unus ex pluribus heredi-
bus.*

191 Qua de causa cæteris † cessantibus, ut ex eorũ
mora vel culpa damnum non sentiat, concessum
est, vel uni heredum totũ debitum solvere & pi-
gnus liberare, *l. communi dividundo* 7. *§. si debitor,
vers. nisi & eã partem, ff. comm. div. l.* 1. *C. de luit. pignor.*
Ubi Severus & Antoninus Imp. Qui pro parte,
inquiunt heres extitit, nisi totum debitum exol-
vat suam portionem ex pignoribus recipere nõ
192 potest. Quid ergo? Solidum solventi † uni ex co-
heredibus succurritur per familiæ erciscũdæ, aut
cõmuni dividundo iudiciũ, *l. heredes, eius,* 25. *§. an
ea,* 6. *idem, iuris est,* 11. *vers. idẽ observatur in pignoribus
solvendis, juncta l. inter coheredes,* 44. *ff. fam. hercis. d. l.
communi dividundo* 7. *§. si debitor ff. comm. divid.* Du-
bium autem non est uxorem W. N. C. fuisse filiã
& heredem H. von W. Ideoq; & ipsa sola, & he-
redes eius vel unus ex eius hered. solidum offe-
rẽdo iure hoc pignus luere potuit, & nunc ẽt lu-
ere posset, præsertim nullis aliis ex heredibus vel
heredum heredibus H. von W. vel W. N. & C.
cessionariorum comparentib. Quod n. iuris est
in herede, est & in heredis herede, & ita deinceps
ut ẽ *ex l. sciendũ est,* 70. *l. heredis appellatio de verb. sig.
l. qui per successionem,* 194. *ff. de reg. iu.* asseveratũ est.

Restat nunc tertium, & quod proprium hui⁹
loci est, utrum T. N. per allegata argumenta satis
& sufficienter probare possit, se esse & ex poste-
ritate & heredẽ per medias personas factum W.
N. & C. cõiugi eius von W. & sic etiã H. von W?

Et certe, ut ex contractu illo antichreseos seu
pignoris cum cõcessione usus, ius luendi habeat,
hæc duo, nẽpe se & ex posterioritate & heredem,
heredũve heredem utriusq; coniugis W. & C. es-
se copulative, aut certe hoc posterius docebit.
Quisq; † n. tenetur fundamentũ intentionis suæ 193
probare, *l. ei qui dicit ff. de ꝓba. l. actor, C. de proba. gl.
in l.* 1. *verb. dicatur, ff. si quadr. paup fec. dic. Bart in l. in
illa, ff. de verb. obl. Ioh. Pet. Surd. cons.* 24. *n.* 8. *vol.* 1. *Rol.
à Vall. cons.* 58. *n.* 72. *cons.* 69. *nu.* 47. *vol.* 3. & quidem
ita, ut per necesse & possibile simul probatũ cõ-
cludat, *Bal. in l. ad probationem,* 22. *C. de probat. Dec.
co ns.* 321. *num.* 3. *vers. & pro fundamento præmittendum
vers. & dicit Bald. Wesemb. cons.* 20. *num.* 5. *versi. nam
probatio non concludens, Ioh. Pet. Surd. consi.* 5. *num.* 46.
volu. 1. etiamsi in materia versaremur favorabili,
Surd. d. cons. 5. *n.* 49.

Ut ergo concludenter & per necesse & possi-
bile simul, non autem per possibile tantum u-
trumq; probet, non satis † est, descendentiã san- 194
guinis, seu q̃ sit ex posterioritate horũ duorum
coniugum, probari in genere, & quod ꝑ tali ha-
bitus ac tractatus sit, sed necesse est ut probetur
per gradus distinctos in specie, *c. licet ex quadam,
extr. de testib. Panor. post gl. ad c. tua nos circa fin. extr. de
consang. & aff. Castr. ad l. liberorũ. ff. de his qui not. inf.
Dec. n.* 5. *ad l. non hoc ibid. Ias. C. unde li. Meno. cons.* 732.
n. 11. *Rol. à Val. cons.* 3. *n.* 41. *& seqq. vol.* 1. *Fulv. Pacia. de
proba. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 30. *Ioseph. Ludovic. conclus.* 14. *n.*
195. Et ut Jo. Borchol. *cons.* 31. *in fin.* 3. *quæst. fol.* 436.
col. 1. ait, verisimilitudo locum non habet, ubi cõ-
munem stipitem poni & demõstrari necesse est,
quomodo una persona ex alia procreata sit. Ne-
que etiam satis erit probasse, per gradus & descẽ-
dentium sanguinis necessitudinem & posterita-
tem, nisi etiam doceatur se per omnes inter me-
dias extitisse horum coniugum heredem. † Nam 195
quãdo qualitas est causa unius effectus, non suf-
ficit pobare factũ, nisi in specie & punctualiter ẽt
qualitas illa facti deducatur ac probetur. *l. non so-
lũ §. sed & probari, ubi Bar. ff. de nov. oper. nunciat gl. &
& Ang. in l. cũ actum, ff. de neg. gest.* & ut Fulv. Pacia.
de proba. d. l. libr. 2. *cap.* 12. *nu.* 25. *vers. tum etiam quia*
dicit, qui vult admitti ut talis, debet se talem pro-
bare. Quod etiam Andr. Tiraquel. in eo, qui iu-
re consanguinitatis retractum facere velit, re-
quirit, *§.* 1. *gloss.* 16. *numer.* 4. *de retractat. lignag.* Er-
go & is, qui ex causa contractus pignoratitii vult
asserere i⁹ luẽdi pignoris, & luitione facta sibi cõ-
petere pignoratitiam actionẽ utiq; necesse habet
docere, se esse eũ, q pignori dedit vel certe he-
redem

redẽ ejus, aut heredis heredem, *l.fi.in fi.C.de heredit. action.l.1.l.2.C.si unus ex plurib.hered.credit.tit. Instit. de perpet.& temp.action.*

Videamus ipsa, quæ in argumentum adducuntur. Primò asseritur, quoties T.N. sorores in capitula cathedralia & nobilium monasteria admissæ sunt, in probandæ stirpis suæ nobilitate inter sedecim maiores suos semper allegasse & numerasse C. von W. W. uxorem pro matre sui abavi, hoc est, pro attavia paterna; vor jhrer Vranen Mutter/& inter probandum adduxisse eius insignia familiæ von W. eamq; probationẽ pro sufficiente fuisse admissam: ex quo videtur, eandem & hoc casu admittendam esse. Nam ubi ea-
196 dem est ratio, † ibi idem jus esse debet, *Bald in l. humanitatis.n.17.C.de impub.& aliis substit.* & æquitas in paribus causis paria jura desiderat, *c.unic.de allod.in usib.feud.* ac quorum est æqualis sanctitas, eorum & festivitas celebratur æqualis, *c.fere debet. dist.76.*

Hoc argumentum alicuius momenti esset, si præter solum insignium allegationem & nominationem attaviæ ac reliquorum ex ea descendentium accesserint alia etiam adminicula, puta pacta dotalia, & alia documẽta, quibus graduum cõtinuatio fuit probata. Nam etsi per instrumẽtum E. & quædam alia satis probatur W. N. & C. von W. coniuges fuisse, tamen ex eo nondum necessariò consequens est, quem abavum suum paternum numerant, ex hoc coniugio natũ esse, cum potuerit defuncta C. W. ad secunda vota transisse, & generasse cum nõ ex C. sed secunda uxore. Itaq; cum dubia nec satis concludens sit hæc probatio, non poterit per se & solam allegationem videri sufficiens, nisi accesserint alia adminicula, *de quibus Andr.Gail.obs.pract.149.n.7.8.9.lib.2.* ex quibus non stet, abavum earum ex W. & C. coniugibus natum esse. Sic & proavum esse ex hoc abavo, & sic deinceps ex proavo eorum avum, ex avo patrem genitum, per certa documenta apparere oportet. Quod si ita, inquam, diserte probatum est, & super hac probatione, veluti per exactam causæ cognitionem de ea agnatione decreta à proceribus & primariis eorũ capitulorum lata autoritatem rei judicatæ eiusmodi decreta habere possunt, ut pro veritate cẽseantur, maxime in negotiis hisce antiquis, donec contrarium probetur, *per l.ingenuum.25. ff.de stat.hom.ubi Dd l.res judicata ff.de reg jur.* Et quam-
197 vis Ingolstadiana † Universitas *cons.22.nu.43.vers. nec obstat res judicata. vol.2.varior. JCtor.* responderit, rem prius hoc modo judicatam non obstare, quia res sit inter alios acta, *tot.tit. C.res inter al. acta.* & acta facta inter alias personas de alia rẽ nõ faciunt fidẽ inter alias personas de alia re, *c.cau-*
198 *sam quæ.ext.de testib.* tamẽ cum † propter difficultatem probandi admittantur probationes per conjecturas & verisimiles præsumptiones (quia lex contenta est ea probatione, quę fieri potest, si materia sui natura difficultatem probationis habeat, ut in hac materia probandæ genealogiæ docuit Andr.Gail.*d.obs.pract.149.n.9 per c.venient. la 2.§.fi.extr.de testib. ibi Dd.l.si vicinis. C.de nupt.cum similib. ab eo allegatis.*) utiq; adminiculantur eiusmodi decreta unà cum cæteris quamplurimum, præsertim si possint huiusmodi etiam decreta ex archivis monasteriorum proferri de sororibus sui abavi, item q; proavi vel avi. In antiquis enim hæc plenam fidem facerent propter temporis antiquitatem, & archivorum autoritatem, *per ea, quæ tradit Gail.d.obs.149.nu 8.*

At vero si sine † cognitione causæ & diligen- 199
ti inquisitione eiusmodi decreta facta essent, *Dd. in d.l.ingenuum.25. clem.pastoralis de sentent.& re judic.cap.judicantem. 30.quæst.5.* aut absque decreti alicuius interpositione à prælatis capitulorum admissa essent, prorsum hæc nihil probarent: quia non exemplis, sed legibus judicandum est, *l.nemo iudex. C.de sentent.& interlocut. omn. judic.* neque vim judicati habet, quod absque causæ cognitione prolatum est. *d.clement.pastoralis.* quia nullum est, *Roland.à Valle consil. 6. numer.18. volum.2.*

Quia de causa consultum erit (quod & consultius esse existimo; etiamsi decreta super his admissionibus sororum praeferri possint) ut ea documenta & adminicula, quibus Th. sorores usuræ sunt, quando in monasteria recipiebantur, in judicium proferat, eisq; ostendat; gradatim se ex W.& C. ortum legitimum ducere, sequaturq; hac in parte Gaili informationem *in d. obs.pract.149.lib.2.*

Secundum sumitur ab insignium monumentis pictis in castro W. ex quibus idem constare dicitur, nempe C. von W. quæ W. N. nupta fuit, matrem fuisse abavi Th.N. attaviam paternam. Hæc pictura si gradatim omnium maiorum & parentum insignia exprimit, ut ex ea descendentiã usque ad proavum, avum Th. eiusve patrem demonstrari possit, & † pictura sit anti- 200
qua, ac palam ab omnibus pro verã habita, quin magni sit momenti, & plenam inducat posteritatis probationem, nõ est dubitandum *per l.census.10.ff.de probat.c.cum causam.ubi gloss.& Dd extra. de probat. cap.cum olim.extr.de censib. Aym.Cravett. de antiquit.tempor. part.1. §.viso de fama.num.30.31.34.36.& 37.Paris.cons.104.num.41.& seqq.volum.1. Ioseph.Mascard. conclus.105.num.16. & conclus.107. volum.1.de probat. & quæ post Innocent.in c.1.num.1. in fin.extr.de probat. scribit Andr.Gail. d.observat.pra-*
ctic.149.num.8.& 9. Nam & per † solam famam 201
id, quod antiquum est, probatur *gl. in l. at qui natura. §.cum me absente. ff. de negot.gest. Bald.in l.proprietatis. C.de probat. Aym. Cravett. d.part.1. de antiquit.tempor. §. viso in hac prima parte.num.1. Ioseph. Mascard.d.volum.1.conclus.105. num.1.* etiamsi agatur de gravi præiudicio, *Aym.Cravett. dict.§ viso in hac parte.num.1.* maxime concurrentibus aliis adminiculis, *& voluit Corne. d.consil.304. versic.his tamen non obstantibus. vol 3.* probatur itemque per privatam scripturam, plene quidem, si ea trium testium subscriptionem habeat, quia vim publici instrumenti accepit, *Anton de Butr.ad c.2 extra. de fide instrument. Iason in l.cum aliquis. num.6. Cod. de jur. delibet. per l.scripturas. C. qui pot.in pign. Aym. Cravett d.part.1.§ quæritur etiam in hac materia. numer.33. & seqq. & d. §. viso de verbis enunciativis. numer.10.* semiplene autem, si eiusmodi subscriptionem non habeat, *Aym.Cravett.d.part.de antiq. tempor.§.viso de verbis enunciativis nu.1.* etiam contra tertium, ut *ibid num.2.* Cravetta subiicit, & multis comproban

At si fama vel alia adminicula cum hac picturâ non concurrant, et si quidem indicium inter cætera facere possit, non tamen plena hæc esset probatio, maxime si fides huic picturæ hactenus non fuisset adhibita, *Ioseph Mascard. d. conclus. 105. num. 11.* Probatio igitur, ut eò certior & melior fiat per hanc picturam antiquam, cō sultum est, ut quantum fieri potest, ea adiuvetur testibus, attestantibus de fama concurrente antiqua, & quod fides huic picturæ semper fit habita. Qua
202 in re sufficiet testimonium testium † non solum de credulitate, sed etiam de auditu, imo de auditus auditu deponentium, *per ea qua Aym. Cravett. late deducit in d. tract. de antiq. tempor. part. 1. §. viso de fama in antiquis n. 1. 2. 3. & seqq per tot.*

Tertium argumentum sumitur ex documento, suprà sub litera E. præmisso: quo docetur, H. von W. liberos fratres scilicet ac sorores C. quæ W. N. nupta fuit, G. G. E. H. & M. omnia jura sua præsentia & futura, quæ à patre & matre sua ad se pervenerunt, quæque pervenire, aut jure hereditario consequi possunt, cessisse W. & C. die Martis post festum Luciæ, anni 1480. Hoc instrumento duo doceri, supra ostendimus: & matrimonium W. ac C. & cessionem judicialem; & quidem plene, cum sit instrumentum publicum, sigillum publicum & authenticum habēs, per ea, quæ in primæ quæstionis resolutione dicta sunt. Sed præterea necesse est, ut Th von N. in specie doceat jus dominii, pignoris, & sic hereditario jure, aut speciali titulo, propter instrumenta A & C. notata jus luendi eius ad se redusse: quia sit fundamentum intentionis suæ. Ideoque quoad probandum illud, quod ad W. N. eiusq; uxorem C. eorumq; heredes, quiq; ab illis justo titulo hoc ius consecuti sunt, iure cessionis pervenit facultas luendi hoc pignus, plenissime hoc instrumentum satisfacit. At non probat, neque probare potest, hunc nostrum T. N. aut esse ex posteritate W. eiusq; heredem per medias personas factum, aut consensu ac voluntate, vel W. ac C. vel heredum utriusq; coniugis iuxta dispositionem eorum instrumenta A. C. & E. ac sic cum illis potestatem luendi pignoris accepisse. Igitur quoad reliqua, de quibus supra, probatio supplenda, & gradatim facienda est.

Quartum argumentum sumitur ex instrumento F. notato: quo docetur, Lunæ post Petri ad cathedram anni 1491. M. O. novasse cum W. N. contractum G von W. senioris (ita dicti respectu G. iunioris filii H. von W.) quem cum M patre I. O. super decimis zu W. fecerat. Hoc argumento quid probetur, antea exposui: quod hic repetere non est necesse.

Quintum ab eò sumitur, quod omnia prædicta instrumenta pacta doralia, & reversales A. B. C. & reliqua omnia una cum castro W. & quibuscunque pertinentibus bonis ac iuribus reperiuntur apud hunc T. N. eiusq; antecessores & maiores. Hoc argumentum iunctum cum litera E. & F. ad W. eiusq; coniugem C. & ab his ad T. maiores, ac per manus eorum ad ipsum T. pervenisse. Primo, namq; in dubio, maxime in anti-
203 quis, quisq; præsumitur † possidere id, quod penes se habet iure proprio, non alieno, *l. filiusfam. §. idem principes rescripserunt. ff. de legat. 1. Menoch. 3. de præsumpt. præsumpt. 91. n. 3.* Deinde titulus possi-
dendi probatur per † instrumētum E. quo præ- 204
ambulo quisque possidere præsumitur, *l. quadam mulier. 77. ff de rei vindicat. l. 2. C. de acquir. possess. Menoch. 3. de præsumpt. præsumpt. 101 nu. 10. Iohan. Petr. Surd. cons. 151. num. 2. cons. 168. num. 4. cons. 221. numer. 46. & consil. 153 num. 30.* dum ex adverso non ostenditur, illo titulo possessum non contineri, ut ex Ludovic. Rom. *consil. 91. num. 8.* & Cagnol. *in l. 2. num 171. C. de pact inter empt. & vendit.* declarat Johan Petr. Surd. *d. consil. 168. num 33.* Ter-
tiò præsumptio † bona & honesta est sumenda, 205
ut delictum evitetur, *l. merito. ff. pro soc. l. si defunctus. C. arbitr. tutel. Bartol. in l. facultat. C. de jur fisc. lib. 10. Bald. ad l. quisquis. in fin. C. si cert pet.* Sed si hic secus præsumeretur præsumendo delictum, & sic mala & inhonesta præsumptio producere-
tur. Quartò, antiquissimi † & immemorialis 206
prope temporis possessio firmissimam inducit præsumptionem iuris, quæ non facile admittit contrarii probationem, *Menoch 3. de præsumpt. præsumpt. 131. n 50.* Denique sicut præsumitur à tempore præterito ad præsens, *Eberhard à Middelb. in loc. legal. à tempore ad tempus nu. 4. Menoch. lib. 1. præsumpt. quæst. 24. num. 8 & seqq* ita ut qui † olim ha- 207
buit rem, nunc etiam habere eandem præsumatur, nec eam amiserit, *l. si quis ex argentariis. §. ult. ff. de edend. Alciat. de præsumpt. reg. 2. præsumpt. 25. nu. 1. Menoch. d. quæst. 24. num. 12. & 13.* ita etiam à præsenti in præteritum, apparente extremo habili, à quo, ut est status præsens, ad postremi possibile ad quod, ut est status temporis præsentis, *Meno. h. d. quæst. 24. num. 37 & 41.* Atqui Th. N. habilis est ad hoc ius luendi pignoris ex iuris potestate, cum & ipsum castrum possideat, & unà cum eo omnia pertinentia & iura, & præsens status rerum se facile accommodare patitur ad statum præteritum, apparente cessione W. facta, quam & possibilem iure merito ex stimamus. Sed & possibile est, quod W. sit ex maioribus T. estque T. ratione nominis, familiæ & insignium habilis, quod sit ex posteritate W. ac C. heres. Qua de causa ex præterito maiorum facto, & ex præsenti rerum statu efficax præsumptio oritur, quod T. N. non tantum sit ex posteritate W. & C. quibus hæc iura cessa sunt, sed etiam eorum heres, etsi quidem non immediate, mediate tamen *per d. l. heredis. 65. d. l. sciendum. 70. de verb. signific. cum similib.*

Huic accedit sextum & aliquid roboris, quod non solum ipse T. sed etsi pater eius W. qui pronepos Wallius, cui C. von W. nupta fuit, esse dicitur, quoties creditores aliquid adversus A. M. tentaverunt, ejs tam in iudicio, quàm extra iudicium contradixerunt, ius suum allegantes, ac de eo protestantes, palam prolatis documentis originalibus A. B. C. D. & E. quibus docere se posse, ius reluitionis ad se pertinere, ostenderunt. Hinc enim resultat præsumptio, T. patrem hereditario iure hæc instrumenta à suis maioribus accepisse, cum nemo intra tam longum tempus extiterit, qui ea vindicanda vel asserenda
sibi putaverit. Taciturnitas † quippe vim con- 208
fessionis habet, *c. qui tacet. de reg. jur. cum ibi annot.* Premet autem hoc argumentum vehementius, docebitque qualitatem hereditariam clarius, si quid

quid adferatur, quo probetur, & apud avum vel proavum T. hæc instrumenta æque, uti apud patrem eius fuisse. Siquidem tanto vehementior erit præsumptio à præsenti in præteritum, vel à præterito in præsens, quod W.C. maritus hæc omnia jure suæ successionis transmiserit in filium suum Th. abavum, & is rursus in suum filium T. proavum, hic in T. avum, & sic deinceps. Quod si eius per gradus nihil ostendi potest, sola hæc à T. eiusque patre facta contradictio & protestatio non probabit utramque illam qualitatem, & quod sit ex posteritate W. & C. & sic per intermedias personas eorum heres factus. Cui
209 & illud accedit, quod † aditio & immixtio in hereditates ascendentium facilius (maxime in antiquis) præsumitur, quàm aliorum, *ut post Bald. in l. si à matre. C. de suis & legitim. Mar. Socin. consil. 14. num 18. vol. 4. voluit Ioseph. Mascard. d. volum. 1. con-*
210 *clus. 40. num. 14.* Aditio † autem præsumitur etiam aliorum ex inhabitatione ædium, rei possessione, vel detentione, aut usu, fructuumve perceptione, *l. 1. C. de repud. hered. Iohan. Duran. de arte testandi. tit. de acquirend. heredit. cautel. 15. Bartol. Bald. Salycet. ad l. filio. C. de jur. deliber. l. si filius. C. de petit. hered. l. non hoc. C. unde cogn. Ioseph. Mascard. latissime d. volum. 1. conclus. 45. & 46.* Ergo multo magis in hereditate ascendentium, cuiusmodi hæc est.

His ita ordine consideratis, facile liquet, quid in iis desiderem. & quatenus putem sufficienter qualitatem N.N. probare. Omnibus simul junctis vim magnam, & prope sufficientem inesse dixero; modò possit descendentia nonnihil ostendi per gradus generationis. Quod si fit, non est dubitandum, quin simul etiam qualitas hereditaria T.N. probata sit. Siquidem etsi eo casu,
211 quo † filius, nepos, vel pronepos convenitur, in dubio aditio vel immistio hereditatis non præsumitur *gloss. Bartol. Bald. & alii in l. necessarius. ff. de acquir. hered. & l. 1. C. si ut ab hered se abst. Castrens. in l. si cum dotem. § transgrediamur. num 3. ff. solut matrim. Menoch 4. de præsumpt. præsumpt. 76. num 17.* tamen ubi filius, nepos vel pronepos ipsemet agit, seu agere intendit, heres esse præsumitur, secundum vulgare illud Apostoli *ad Galat. 4.* Si filius: ergo heres, *uti notant gloss. & cæteri interpretes omnes in d. l. necessarius. d. l. 1. C. si ut ab hered se abstin. in d. l. si cum dotem. § transgrediamur. Menoch. 4. de præsumpt. præsumpt. 101. num. 72. & 73.* Inprimis vero hæc procedit præsumptio, si filius patris, nepos avi, vel pronepos proavi domum unà cum tota eius familia ac pertinentiis inhabitat, *Ioseph. Mascard. d. volum. 2. conclus. 804. num. 13. 14. & 15.*
212 Neque obscurum est, filiorum † appellatione per justam interpretationem venire etiam nepotes ac pronepotes, quique deinceps sunt alii, *l. justa interpretatione. 201. l. liberorum. 220. ff. de verb. signific. cum similib.*

SEXTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUæritur porro, qua actione experiri liceat; ac inprimis consultum sit? Ad huius quæstionis primum membrum respondent Imperatores Diocletianus & Maximianus *in l. fin. C. de luit. pign. & in l. nec creditores. 10. C. de pign. act.* Nec creditores, inquiunt, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate, vel, his non accipientibus oblata & consignata & deposita longi temporis præscriptione muniri possunt. Unde intelligis, quod si originem rei probare potes, adversario tenente, dominium vindicare debes. Ut autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti; vel, si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur: & tibi non erit difficilis vel solutione, vel oblatione, atque solenni depositione pignoris liberatio. Ex quo
rescripto constat, soluto † vel oblato & legitime 213
consignato ac deposito debito, creditorē pignus possidentem conveniri posse duplici actione, nempe actione in rem, quæ dicitur rei vindicatio, *§. omnium. Instit. de act.* vel pignoratitia conveniri posse, *secundum gloss. & Bald. in d. l. nec creditores. 10. per l. pen. C. de pign. act.* Neque dubitandum est, hæc etiam ad antichresin pertinere, *juxta l. si pecuniam. ff. de pign. act.*

Utrum autem directa vel utili in rem, aut pignoratitia actione agendum sit, si quæratur? Existimo cum W. N. eiusque uxori C. eorumque heredibus omnes actiones, omniaque jura W. cessa sint, sicut ipse W. & C. non potuissent pro maiore, quàm sua parte directis actionibus ex sua persona experiri, sed cessis actionibus, ex persona cedentium atq; actiones mandantium utiliter, hoc est, nomine cedentium uti potuissent; sic & T. velut cessionariorum heredem, adeoq; ipsum cessionariū, teneri † utilibus tam in rem, 214
quàm in personam actionibus uti, *per textum apertissimum in l. emptor. 5. & l. fi. C. de her. vel act. vend. ubi Bal. Castr. Cyn. & alii Dd. Pet. Gregor. syntagm. jur. lib. 21. c. 20 nu. 6. vers. uq. qui actionem redemerit. l. fin. C. quando fisc. vel privat. debita debitor. sui exig poss.*
Adeo enim directæ actiones † ossibus nostris inhærent & adfixæ sunt, ut evelli aut in aliū transferri non possint, *gloss. in l. 3. per illum text. ff. pro soc. & in l. qua ergo 16 in fin. l. si Stich. 53. ff. de pecul. § restituta. ubi Mynsing. num. 2. Instit. de fideicomm. heredit. Speculat. de cession. §. 1. num. 24.* Etsi itaque verum sit, quod Petr. Gregor. *d. lib. 21. cap. 20. num. 6. vers. transeuntq;*, priusquam mandatæ sint actiones, utilibus tantum utendum esse, *per d. l. fin. C. quando fisc. vel priv. debit. debit. sui ex d. l. emptor hereditatis. 5. d. l. fin.* res tamen eodem redit. Non enim cessionarius mandatis sibi actionibus directis utitur ex sua, sed cedentis persona, *d. l. emptor hereditatis. 5. dict. l. final. cum similibus. Castrens. in dict. l. emptor hereditatis*, qui dicit, si fuerint sibi actiones mandatæ vel cessæ, habet exercitium directarum actionum, quod intentabit nomine venditoris vel cedentis; & in eo dicitur procurator in rem suam.

At, inquies, quomodo poterit pignoratitia cōpetere cessionario, eiusque heredi, & sic huic T. quæ tempore cessionis, nempe anno 1480. proxima die Martis post festum Luciæ virginis, non-
dum nata fuit? Nam ut nascatur † debitori oppi- 216
gnoranti eiusve heredi pignoratitia actio omnē pecuniam exolutam esse oportet, aut eo nomine satisfactum, *text. expressus in l. si rem. 9. §. omnis pecunia. ubi Castrens. ff. de pignor. act. Mynsinger. in §. actionum,*

num.nu.67.Instit.de action.Oldend.class.3.act.12.n.3.
217 Ac quæ actio † nondum nata fuit tempore cessionis, cessa videri non potest, adeo; ut ne quidem utilis cessionario competat, tametsi hoc nomine cum cedente experiri possit, ut postquã nata sit, ea sibi cedatur, *gloss in l.heredem.14. verb. actiones suas ff.mandat. Castrens.in d.l.emptor heredit.a-*
218 *tit.5.num.4.* Sed nec rei † vindicationem competere posse, ex eo dicendum videtur, quod eã ne quidem utiliter cuiquam competat, qui dominus rei directus vel utilis factus non est, *§.omnium. cum ibi annot. à Iohan. Fab. Angel. Mynsing. Schneidevv. & aliis Instit.de act. l.in rem.ff. de rei vindicat. gloss.2. & Castrens. num.1. ad d.l.fin. C.de hered.*
219 *vel act.vend.* Dominium autem † absque traditione non transfertur, ne quidem utiliter, *l.traditionibus.ubi gloss. & Doctores omnes, itemq; novissime Donell. C.de pact.l.penult. C. de rei vindicat. gloss.in dict.l.si fundum.16.ff.de fund.dotal. Hotoman.illustr. quæst.11.*

Respondetur primæ huic dubitationi, imò
220 quod non est cessa tam † actio pignoratitia, vel in rem, quæ dicitur rei vindicatio, quàm ius offerendi & luendi pignoris; ita ut solvendo & offerendo utilem cessionarius eiusque heredes actionem tam in rem, quàm in personam consequantur ac habeant, absque ulteriore cessione; *arg. l.si cum venderet. 13. vers.sed & ipse debitor. verb. aut in factum actione. ff. de pignor.act.* utpote quod hæc in factum actio nascitur ex pecuniæ solu-
221 tione, &c. Cessionarius enim pro † creditore est, *arg.l.creditores.cum seqq. ubi Rebuff.& Capol.n.2. l.creditor.ff.de verb.significat.* utiturque jure cedentis, etiam illo, quod speciale est, vel ex statuto fluit de creditore loquente, *Wesemb.cons.8.n.44.* Deinde negatur, nondum natam fuisse pignoratitiam actionem, tum temporis, cum hæc cessio fieret. Nam, cum actio pignoratitia directa, quæ H. von W. eiusque heredibus ex instrumento A.& C. competiit, ex ipso contractu pignorati-
222 tio nata sit, & oriatur, utique † statim atque hoc ipso etiam momento, quo contractus ille A.& C. fuit perfectus, & castrum A.M. in antichresin T. vom G. genant von A. traditum, pignoratitia actio extitit, nataque fuit, *juxta §.fin.Inst.quib.mod. re contr.oblig.* ubi Justin. Creditor, inquit, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur; quod & ante Gaius respondit *in l.1. § creditor quoque. ff. de oblig. & act.* Si ergo statim re obligatus est, ac pignus accepit creditor, utiq; etiã actio pignoratitia eũ statim constringit, ipsaq; nata est; cum effectus à sua causa separari nequeat, sed unà cum ea existat, necesse sit. Quod vel ex eo verum esse osten-
223 ditur; quoniam statim à † momento traditi pignoris creditor obligatus est, & pignoratitia actione tenetur de dolo, lata & levi culpa. & sic ad custodiam rei, *d.§.fin. cum ibi annotat. à Dd. l.si cum venderet.13. §.fin. l.seq.l.eleganter.24. §. in pignoratitio. Castrens.in d.l.si rem.9.§.omnis.num.2. ff.de pignorat.act.* ubi dicit, creditorem pignoratitia teneri etiam ante solutionem de damno & interesse; Ex quo, quid aliud constat; quàm quod iam dudum ante solutionem unà cum obligatione nata fuerit actio pignoratitia? Et diserte Oldendorp. *class.3.act.12. num.2.* Ex contractu, inquit, pignoris nascitur (actio pignoratitia) per quem (contractum) creditor, qui pignus accepit, re obligatur, ac dicit, de hac actione loqui Imperatorem Justin. *in d.§.fin.* Quid ergo est, quod Jurisconsultus Ulp. *in d.l.si rem alienam. 9. § omnis. ff.de pignor.act.* dicit, omnis † pecunia exsoluta esse 224
debet, aut eo nomine satisfactum, ut nascatur actio pignoratitia? Quid est, quod Mynsing. *d.§. omnium.n.67.* & Oldendorp. *d.nu.3.* cæteriq; Dd. dicunt, non oriri, non nasci hanc actionem ante satisfactionẽ & solutionem totius debiti? Nempe hoc cum effectu non posse hanc actionem in judicium deduci, non posse eam exerceri, non posse locum ei esse, non posse agi, ut res reddatur, priusquam sors principalis tota sit soluta, in cuius securitatem pignus erat traditum, *d.§.final. Inst.quib.mod.re contr.obl.d l.nec creditores. l.pen.l.ult. C.de pign.act.* ideoque quod his locis dicitur nasci, & oriri, aliis locis dicitur uti. *d.l.penult.* teneri, *l.solutum.11. §.si quasi.ff.de pignor.act.* agi. *l.altena 20 §.si per creditorem.11.eod.* experiri, *d.l.si rem alienam.9. §.is quoque.d.l.solutum.11.ff.eod.* locum habere, *d.l. solutum.11.§.si in sortem* Nascitur itaque statim ac pignus contractum est potentia & actu in hoc, ut ex contractu competat, & ad heredes transmittatur: at non nascitur, ut ea experiri debitor valeat ad pignoris restitutionem, nisi omnis pecunia sit soluta; ut *ex d.l.si rem alienam.9.§ fin.eod.* colligitur. Denique non est dubium, soluta nondum pecunia, hanc actionem etiam in heredes debitoris transmitti; *Iohan. Oldendorp. d.class.3. action.12 num.4.* Ergo & cedi potest: quia, quicquid est † transmissibile ad heredes, est etiam 225
cedibile, ut supra probatum fuit *ex Barthol. Socin. regul. 67. Iohan.Petr.Surd. d.consil.92. num 51 per l.si ex plurib ubi Dyn. Bartol. & alii ff.de administr tutel. & prolixius deducitur à Roland. à Valle consil. 28. numer. 14. & sequentib. & numer. 27. & 23. volum.2.*

Ad alterum respondetur cum Castrens. *in d.l. fin. num.2.* imò verò negandum est, quòd utilis rei † vindicatio non possit competere, nisi ei, cui 226
res tradita est, vel utile dominium habet: imò potest agi etiam ab eo, cui per traditionem dominium non cessit, *per text.express in d.l.fi. C.de heredit & act.vend.* quem ita intelligere omnes Dd. affirmat Castrens. *in d.l fin.num.2. & notatur idem in c pro possessore. de regul.jur.6. & Bartol.in l.si in pa. ff.de rei vindicat.* nempe cui vendita vel cessa est rei vindicatio; quod is habet utilem in rem actionem, etiamsi, antequam nanciscatur possessionem non habeat utile dominium; ut inquit Castrens. *in d.l.fin.num.2.* addens, postquam verò nactus fuerit possessionem, videri eum non solum utile, sed etiam directum dominium habere, &c. pro quo facit etiam textus *in d.l.si fundum.16. ff.de fund.dotal.* ubi hoc amplius Johan. Glossator voluit; imo vero etiam † absque traditione rei 227
per cessionem actionis in rem dominium transferri, tametsi eius sententia, nisi paucis casibus non sit recepta, ut late Hotom. *d.quæst.11.* Cont. *lib 1.disput subse.cap* 8. Donell. *in d.l.traditionibus C. de pact.* enucleant. Denique apertissimi juris est, pignoris † etiam per antichresin dati, possessio- 228
nem civilem manere apud debitorem, qui per creditorem possidere & usucapere dicitur, *l.si-*

endum.

endum. versic. creditor. ubi *Dd. qui satisd. cog. l. qui pignoris.36. ff. de acquirend. possess. l. non solum. 33 §. qui pignori. juncta l. sine possessione. ff. de usucap. l. 3. §. final. l. 10. §. 1. de acquirend possess.* tametsi naturalis possessio, quæ & corporalis dicitur *in l. debitor. 40. §. final ff de pignor. act.* sit penes creditorem, *l. per servum. 37. versic. quamvis. ff. de acquir. rer. domin. l. cum & sortis 35. § final. l. si pignus. 37. d. l. debitor. 40 § fin. ff de pignor. action.* Itaque cessa pignoratitia actione, cessoque omni jure, quod cedens debitor luendi pignoris causa habuit, hoc ipso etiam civilem hanc possessionem cessisse, & ita dominum fecisse cessionarium, vel saltem utiliter, videbitur, isque censebitur per creditorem possidere eodem plane modo, quo cessor ante ipsum possederat; maxime ex quo creditori pignus tenenti notum esse cœpit hoc jus cessionario cessum venditumve esse.

An autem consultius sit, agere in rem, *juxta d. l. nec creditores. C. de pignor. act.* an in personam, *ut est in l. pignoris. 10. C. eod.* actione pignoratitia? per se dictu difficile non esset, si creditores T. vom G. & E. von W. eorumque heredes essent conveniendi, neque de eo dubitandum, quod possessores negaturi non essent, se eorum heredes esse. Nam absque controversia consultius esset in

229 personam † agere, intentata pignoratitia actione, *argum l. si qui destinarit. 24. ff. de rei vindicat.* & quod sufficit pignoratitia agenti probare pignoris conventionem, eique traditionem, ac factam solutionem, vel debiti oblationem, ac depositionem & consignationem, *author Ioh Oldendorp. d. class. 3. act. 12.* ubi practicam eius actionis proponit, *per l. 1. C. si pign. conv. num. secuta non sit. d. l. si rem alienam 9 §. omnu. & §. fin. de pign. act. gloss. in d. l. nec creditores verb. originem.* neque tenetur actor dominium rei pignoratæ docere, cum hæc actio competat, etiamsi res aliena pignori data sit, *d. l. si rem alienam. 9. §. is quoque l. rem alienam. 41. ff. eod. Arnold Haersolt. de action. part. 3. act. 18. num. 2. & 3. Mynsing. d. §. actionum. num. 64 vers. utiliter. Inst. de act.* Si vero in rem agatur, etsi satis est originem, hoc est, obligationem & traditionem probare, si nihil de dominio opponatur, *d l. nec creditores. 10. vers. unde intelligi.* si tamen negetur vindicanti dominium, id probare tenetur, *glos. in d. l. nec creditores. verb originem. & in verb. dominium debes. C. de pignor. act.* ut nisi doceat se dominum, rei sint absolvendi, *l. fin. C. de rei vindic. l. qui accusare. C. de edend.* Dominii autem probatio difficillima est, *Panorm. in c. sæpe. in 1 membr. extr. de restit. spol. l. aum res. cum ibi not. C de probat.*

At cum ex facti propositione apertum fiat, non possideri amplius ab heredibus creditorum T. vom G. & E. von W. sed ad tertios pervenisse, ita ut, aut coniunctim cum heredibus & possessoribus, aut cum possessoribus tantum, vel cũ heredibus, quanti interest, nõ restitui, agendum

230 sit, quæstio redditur difficilior. Nam cum † actio pignoratitia sit ex contractu, *d. § fin; Inst. quib. mod. re contr. oblig. d. l. 1. § creditor. ff. de obl. & act. l. pen C. de pign. act.* utique personalis est, *l. actionum. § in personam. ff. de obl. & act. d. § omnium. vers. namq. Instit. de act. l. fin. C de distr. pign.* ac natura hæc eius est, ut personas obligatorum ex hoc contractu non egrediatur, *dict. l. actionum. §. 1. de oblig. & action. d. §. omnium.* ubi Jason dicit, eam sequi personam obligati, sicut lepra leprosum; ideoq; nec fundum sequi. *l. fin. § fin. ibi gl. ff de contrah. empt. l. 1. §. si haeres percepto. ff. ad S. C. Trebell.* & non transit adversus singularem successorem, *Iason in l 1. num. 77. ff. de legat. Hond d. cons. 51. nu 13. vol. 1.* Et in specie, quod personalis actio non competit cõtra extraneum pignoris possessorem, *est text. in l. 2. C si advers. cred. pign. præscr. opp.* Ac licet Arnold † ab Haersolt 231
de pact. part. 3 action. 18 n. 5. ac quidam alii asserant, jure canonico pignoratitiam dari etiam adversus tertium possessorem; huic tamen sententiæ fidendum non est, cum mutatio juris non præsumatur, neque hæc causa in foro Ecclesiastico, sed politico, & terra Imperii fuerit ventilanda; Ac certè, si cum heredibus tantum agendum esset, cogerentur in eo acquiescere cessionarii, quantum ad eos pervenisset deducta quantitate sortis, & sic tantum, quod interest, rem alienatam non esse: quod sæpe ad minimum redigitur, *l. final ff. de prætor. stipul.* Ut ideo vix consultum videatur cum his solis, rebus ita stantibus, experiri. Facta autem † oblatione, habent cessionarii 232
actionem in rem cum quocunque possessore, *§. omnium. Instit. de action. l si cum venderet. 13. ff. de pignor. action. d. l. nec credit. C. eod. Modestin. Pistor consil. 13. num. 25. volum. 1.* Sed si quid damni datum esset in re oppignorata vel superflui fructus in sortem computandi, de his possessores tertii non possent ex hac actione damnari. Qua de causa tutius est, ut hæ actiones alternative, diverso respectu, & subordinate, seu una in alterius eventum cumulentur; & sic utraque agatur; personali quidem adversus heredes, ut quanto minus à possessoribus reperi posset, hoc heredes præstent: adversus possessores vero per rei vindicationem, ut rem, quæ sua non est, restituant.

Neque movebit, dominii probationem esse difficillimam. Nam dominium satis per instrumenta A B. C. & E. probatur. Quibus accedit etiam instrumentum litera G. notatum, in quo P. von dem G. genant A. filius T. palam profitetur se jure pignoris tantum detinere A. M. proprietatum vero esse H von W. eiusq; heredes. Cuius fides & probatio adversus nobiles à B. tanto fortior est, quod eorum maioribus & propinquis von B. hæc cautio data fuit; qua ad illa ipsimet hanc assertionem veram esse confessi sunt. Ideoque etsi Modestin. Pistorius *in d consilio 13. num. 26. & seqq. volum. 1.* in illa facti specie tum ob difficultatem probationis dominii, tum ob præscriptionem, quæ obiici potuisset, dissuadet intentionem actionis in rem, quæ dicitur rei vindicatio, adversus tertios pignoris possessores; tamen neutra in hoc casu metuenda est; cum dominii probatio sit in promptu, neque tertii possessores usucepisse hoc casu videri possint, ut in sequente quæstione pluribus dicetur.

Superest, quidem & aliud remedium, nempe condictio † ex lege, *si quis conductionis. 25. C. locat.* 233
quam non solum Castrens. *in dict. l. nec creditores. num. 1. in fin.* sed etiam Joh. Sichard. *in d. l. si quis conductionis. 25. num. 3. versic. sic in actione pignoratitia.* etiam in pignore locum habere cõtendunt, *per l. si pignore.*

si pignore.§.si prado.ff.de pign act. qui dicunt; com-
muni omnium scribentium consensu hanc sen-
tentiam receptam esse: eamque condictionem
234 habere † similitudinem cum interdicto recupe-
randæ, contra quod non obiicitur exceptio do-
minii, asserit Castr. *in d.l.nec creditores.n.1.in fin;per
notata Bartoli in l.si alienam. ff sol.matrim. & in d.l.si
quis conductionis. & in l.conductores. C.locat.* quibus
etiam Jacob. Menoch. adstipulatur *remed.recuper.
possess.11.num.6.* qui dicit casum specialem *in d.l.si
quis conductionis.* contineri, qui sub generalitate
d.l.conductores. etiam comprehendatur, tametsi
Menoch. *d.remed.11.recup.poss.ff.num.57.58.& 59.*
contrariam Salyceti sententiam putet veriorem.
Est enim huius remedii possessorii ratio illa;
quod eo ipso colonus, quod creditor soluto, vel
oblato ac deposito debito; quod depositarius
restituere negat, spoliare videtur, *l.colonus.ff. de vi
& vi arm. Iohan. Sichard.in d.l.si quis conductionis.25.
Menoch.d.remed.recuperand.possess.num.3.* Spoliatus
autem ante omnia est restituendus, *c.redintegran-
da. 3. quæst. 1. cap. quod ope. extra. de restitut. spo-
liat.*

Verum hoc quoque remedium, etiamsi extra
omnem controversiam esset, ut tamen non es-
se, ex Menoch. *d.remed.recuper.11.num.57.58.& 59.*
235 apertum est: tamen tantum debitori † eiusque
heredi solventi, vel offerenti est cum creditore
eiusque heredibus, non etiam cum tertio pos-
sessore: qui dici non potest spoliare debitorem
reluentem possessione sua, ut qui nomine eius
non sit in hac possessione. Qua de causa non in-
commode cumulari potest cum pignoratitia a-
ctione, si apud heredes T. vom G. pignora ad-
huc extarent, aut dolo malo possidere desiissent:
at si in hoc castro oppignorato A. M. tertii pos-
sessores existant, frustra de eo laboratur, utrum
secundum consilium Iurisconsulti *in d.l.is qui de-
stinavit.ff.de rei vindicat.* tutius sit remedio posses-
sorio experiri, ac possessionem nancisci, quàm
236 in rem agere? Siquidem cum hæc † condictio
ex lege, *l.unic. C. de condict.ex leg.* ut & cætera re-
media possessoria recuperandæ, *veluti d.l.condu-
ctores.* personalis sit, & in personam competat,
§.sic itaque. & §.seq.cum ibi annotat. Instit. de action.
consequens est, eam contra tertios possessores
non posse competere, *d.§.omnium.cum ibi annot.
Instit.de action.& d.l.actionum. §.1.ff.eod.*

SEPTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

AN autem ulli harum actionum præscri-
ptum sit, non exigui momenti quæstio est?
Et certe non leves extant rationes & autorita-
tes, cur tam pignoratitiæ, quàm actioni in rem,
multoque magis condictioni illi, *ex d.l.si quis con-
ductionis,* præscriptum esse videri debeat. Negari
quippe non potest, immemoriale fere tempus;
& cuius initii memoria non extat, præteriisse ex
eo tẽpore, quo cõtractus iste pignoratitius con-
venit, ac pignus commodè redimi potuit. Atqui
37 tritissima juris regula extat, omnes † actiones
civiles, tam personales, quàm reales spacio tri-
ginta vel quadraginta annorum præscribi, nisi
lex in specie longiorem vel breviorem vitam ali-
cui tribuat, *l.3.l.4.l.7.d.8.l.ult. C.de prascript.30.vel
40.annorum. l.3. §.ductus aquæ.ff de aq. quotid.& æ-
stiv.cum ibi notat cap.super. §.11. ubi gloss.& Canon.ex-
tra.de verb.signif. §.1.& seq. Inst.de perpet.& temp.act.
ubi Wesemb.n.3.*

Inprimis vero tempus † immemoriale vim 238
privilegii à principe motu proprio concessi ha-
bet, *cap.1.de præscript.6. Roland. à Valle cons.52.nu.13.
volum.3.* & *nu.14.ibidem.* ait, tantum potest, quan-
tum Imperator cum causa, *secundum Isern.in cap.1.
§.flumina. colum.3. quæ sint regal.* inducitque pa-
ctum tacitum de non amplius petendo, *ut voluit
Nevizan. cons.11. num.8. & 13. prout eum refert Rol-
land. à Valle d.cons.52. num.14.* & repudiationem
vel renunciationem præsumi facit; imo vim ti-
tuli habet, *Aym.Cravett.cons.380.num.5.cons.388.
num.14. versic. his consequens. per d.l.hoc jure. §.ductus
aquæ.ff.de aqua quotid.& æstiv.l.continuus. §.cum ita.
ff.de verb.oblig.*

Deinde vehementer & in specie probare vi-
detur † constitutio Justini Imperatoris *in l.cum* 239
*notissimi.§.sed cum illud.& seq. C.de præscr.30.vel 40.
ann.* juri offerendi & reluendi pignoris triginta
vel quadraginta annorum curriculo præscribi.
Et certe argumento illius text. Bulg. hoc pro
certissimo asseruit, præsertim *per d.§.eodem jure
pro temporum, &c.* argumento à pari ducto: sicut
posterior creditor anteriori creditori offerens
debitum longissimi temporis præscriptione ex-
cluditur; ita etiam debitor excludetur à jure of-
ferendi debitum. Par enim † ratio est secundi 240
creditoris & debitoris principalis, quoad jus of-
ferendi debitum: ut ubi par ratio est, idem jus
esse debeat. Quod autem par sit ratio debitoris,
hoc inde elicere conabatur: quia jus offerendi
competit secundo creditori jure actionis, *d.l.
cum notissimi.§.1. l.vel diversis.8. Cod. qui pot.in pign.
l.potior.11.§.final.ff.eodem.ubi gloss.& Dd.* competit
itemque debitori, *per d.l.si rem alienam. §.omnis.ff.
de pignor.act.* Pares ergo. Nam quæ facultas jure
actionis alicui competit, cum sit in judicium de-
ducibilis, præscriptibilis censetur, *per d.l.cum no-
tissimi.§.2.& 3.* Sicut ergo secundi creditoris
facultas offerendi hanc ob causam, præscriptio-
ne extinguitur, *d.l.cum notissimi.§.2.& 3.* ita & de-
bitori competens oblatio debiti extinguetur
per longissimi temporis possessionem. Præter
quam rationem etiam hanc Bulgarus adduxit,
nempe, cum possit debitor facere, ut possit age-
re pignoratitia, nempe solvendo, jam ergo posse
videtur, *l.qui potest.ff.de reg.jur.l.si finita. §.postea vi-
tem. ff. de damn.infect.*

Hanc eandem sententiam asseruit gloss. *in l.pi-
gnori.ff.de usucap. & in l.si rem alienam. 9. §.omnis. ff.
de pign act.* quam & secutus est Odofredus *in d.l.
cum notissimi.§.1. versic.sed nos in quæstione ista dixi-
mus.argum.l.in bello. §.qui servum. ff. de capt. & postl.
rev. & d.l.si finita. §.postea autem.* itemque Azo *in
summa, Cod.de præscript.30. vel 40. annor.* nec non
Alberic de Rosat. & Jacob. Butrigar. qui dicit,
quod sic cur præscribitur juri formato; sic & fa-
cto, ex quo sequitur jus formatum. Nam officio
judicis † præscribitur, quod est factum, *l.Quin-* 241
tus.§.Pomponius.ff.de ann.legat. Debitor autem ha-
bet jus quoddam offerendi formatum, quo me-
diante illi actio est nascitura: Sicut ergo officio
judicis præscribitur, ita & huic juri offerendi.

Sed

Sed nec conditio heredi instituto adjecta, si volueris, potest omni tempore impleri, licet in mera facultate consistat: quia juri adeundi 30. annis præscribitur, *l. licet. C. de jure deliber.* Ergo & juri offerendi præscribitur. Eandem sententiam tu-
242 tatus quoque est † Angel. *in l. pignori. ff. de usucap. & consil. 54. incip. Julianus & Francisc.* & communem hanc esse sententiam asserit Kirchof. *in thesaur. commun. opin. cent. 3. conclus.* 2. communioremque hanc dicit, multisq; confirmat Petr. Brenus *consil. 19. nu. 26. vol. 4. varior. JCtor.* & passim per totum consilium adducit rationes, veluti; quod
243 præscriptio † bono publico est introducta, *l. 1. ff. de usucap.* ob pacem publicam, cui privatum commodum merito cedit, *& num.* 11. dicit, omnibus offerendi, vel quid agendi facultatibus privatis præscribi; ut & juri adeundi & immiscendi, *ut est num.* 12. ac contra desides negligentes homines, qui sua mature non liberant, merito præscriptionem currere, *nu.* 21. *&* 22. Sed & Modest. Pistor. *consil. 25. num. 113. volum. 2.* vocat hanc sententiam communem & receptam. Præterea, etsi Joan. Sichard. *in feudali consil. 6. num.* 49. veriorem esse
244 sententiam, pacto reluendi † & retrovendendi nunquam præscribi, quia facultas sit, tamen *num.* 51. *&* 52. hoc ipsum verum esse existimat, nisi talis præscriptio 30. annorum incœpisset, & esset perfecta contra heredes ejus, qui pactū fecisset; quia post mortem paciscentis incœpisset contra paciscentis heredes currere, ita ut à morte ejus 30. anni præteriissent, absque ulla interruptione. Nam licet, inquit, dicatur non præscribi, ut antea dixi, tamen hoc est verum; dum manet facultas, id est, donec ille, qui illam facultatem sibi reservavit, manet; cæterum cum ille moritur, non est, inquit, amplius facultas: quia facultas ad heredem non transit, *per Bart. in l. cum quis. & Alex. ff. de verb. oblig.* quamvis transeant ad heredes jura, ut palam est. Quod si verum est, nullo modo ad reluitionem quisquam ex posteris H. von W. vel W. N. admittendus esset post tam longissimum & supra hominum hoc seculo viventium memoriam quam antiquissimum.

245 Porro, etsi dandum esset, juri offerendi † non præscribi adversus debitorem, illud tamen foret hoc moderamine intelligendum, nisi à tertio bona fide ac justo titulo res oppignorata possideatur, ita ut si creditor ejusve heres quoquo modo vendidisset vel cessisset pro suo vel simili titulo: tunc enim decennio inter præsentes, vicennio inter absentes juri offerendi præscribitur, *l. 1. & l. 2. C. si advers. credit. præscript. oppon. Anton. Thessaur. decis. Pedemont.* 157. *num.* 4. *&* 9. qui dicit, quamvis illa jura ab aliquibus dicantur correcta *in d. l. cum notissimi.* quæ lex est Justiniani, qui fuit multo tempore post Gordianum & Diocletianum, & ita etiam non currere præscriptionem, *Alex. consil.* 58. *num.* 9. *volum.* 5. dicat, tamen Doctores communiter tenere, quod imo etiam hodie procedant illa jura *in d. l. 1. & d. l. 2.* hoc modo declarando istos duos priores casus, prout in præcedentibus modo distinxerit, in quam sententiam adducit Abbat. *consil. 14. colum. 1. versic. hinc dixit notabiliter. lib. 1. Cagnol. in proœm. Digest. num. 215. Fulgos. & Parisi.* Ex facti specie autem colligi posse videtur, quod creditores heredum vel A. jam dudum, & ultra decem vel viginti annos in possessione A. M. fuerunt, & quidem ex judicati causa possideant, & ex eorundem cessione nobiles à B. ultra annos decem pro suo possedisse videntur. Nec ad rem pertinet, quod † nemo plus 246
juris ad alium transfert, quam ipse habet, *l. nemo potest plus. de reg. jur. in 6.* quia quod consecuti non sunt ab heredibus von A. hoc per usucapionem vel præscriptionem consecuti sunt, *§. quod autem. Instit. de usucap. Modestin. Pistor. consil. 25. num. 115. volum. 2.*

Verum his non attentis statuendum est, contrarium esse verius, usuq; receptum, nempe nulli harum actionum præscriptum esse; tum *per l. 1. & ibi magn. Gl. incip. sed quando.* ubi dicitur, agi etiam posse rei vindicatione, non obstante præscriptione, *C. de annal. except.* propter malam fidem pignus possidentis: quia nulla præscriptio cum mala fide hodie procedit, *c. fin. ubi gl. Abb. Felin. Anton. de Butr. & alii Canon. extr. de præscript.* tum quod
non † entis nullæ sunt qualitates, *l. neq; natales C.* 247
de probat. l. ejus qui in provincia. ff. de reb. cred. si cert. pet. c. ad dissolvendum. de sponsal. 6. Parisi. consil. 25. num. 28.
vol. 1. Menoch. consil. 76. num. 5. Pignoratitia † au- 248
tem, ut & condictio *ex d. l. si quis conditionis. 25. autore Castr. in d. l. nec creditores.* debitori non competit, nec nata dicitur, nisi soluto omni debito, *d. l. si rem alienam. ff. de pign. act. d. l. nec creditores. C. eod. d. l. fin. C. de luit. pign. Franc. Balb. de præscript. part. 4. part. 5. princip. quæst. 2. num. 1. & 4.* tum deniq; quod ea,
quæ † meræ sunt facultatis præscriptione, non 249
tolluntur, *gl. in d. l. cum notissimi. verb. opponere conatur. C. de præscript. 30. vel 40. ann. per l. viam publicam. ibi Bart. & reliqui Doctor. ff. de via public. Paul. de Castr. in l. pignori. ff. de usucapio. Bald. ad c. 1. de feud. dat. in vic. leg. comm. Nicol. Boer. decis. 351. nu. 6. Octav. Cacheran. decis. 115.* Quam sententiam infiniti numeri autores defendunt & sequuntur, & quidem inprimis ex veteribus Irnerius, Martin. Simon, Vincent. Jac. de Ravenn. Petr. de Bella Pertic. Cyn. *in d. l. cum notissimi. §. sed cum illud.* qui dicit, licet gloss. teneret contrarium, se tamen credere, quod juri offerendi præscribi non possit hoc casu; quia aut debitor possidet, aut creditor pignus: si debitor, tum ideo non præscribitur; quia ea, quæ sunt
temporalia † ad agendum, sunt perpetua ad ex- 250
cipiendum, *l. pure. in fin. ff. de dol. mal. metus ve exc. l. si quando. C. de dilat. l. 1. §. fin. C. de annal. exc.* Sed si creditor (ut hoc nostro casu) possidet pignus, ideo non habet locum præscriptio; quia non præscribitur, nisi juri; ad jura luendi debitor non habet jus, sed facultatem offerendi: Nam jus offeren-
di † quandoque est jus formale, sive formatum, 251
quandoq; non est jus, sed facultas: illi præscribitur, *d. l. cum notissimi. §. sed cum illud.* huic non item, *per d. l. viam publicam. Socin. jun. consil. 145. num. 38. vol. 1. facit text. in l. 2. C. de præscript. 30. vel 40. ann.*

Eandem sententiam rejecta priore sequitur etiam Alber. de Rosat. *in d. l. cum notissimi. col. 3. Oldrad. Salyc. Cyn.* qui dicit, ideo hoc casu non posse
juri offerendi præscribi; quia debitor † nullum 252
habet jus formatum, cui cohæreat jus offerendi: & respondet *ad d. l. in bello. §. si quis servum. ff. de capt. & postlim. reverſ.* redemptorem servi alieni, quem ab hostibus redemit, sibi eum possidere, & bona fide; ideoq; præscribi; secus si pignori res credi-

tori data sit, hanc sibi non possidet, sed debitori: præscribere igitur non potest.

253 Sed & † Bartol. *in d.l.qui pignori. itemq; Bald.& Castr. & ibid. Bald.in c.quoniam frequenter.§ fin.col.3. vers.modo quaro, quid si reus fletit.ibid. Panorm.extr.ut lite non contest.& Canon.communiter omnes in d.c.fin. extr. de praescript.* hanc sententiam amplectuntur, ut & Raphael. Fulgos. *in d. l.si rem alienam. 9. §. omnis.& Dyn in c.locupletari.de regul jur.6.*

Et ex Neotericis hanc sententiam suscipiunt Franc. Balb. licet varius *in d. tract. de praescript. part.* 4.*part.5 princip.quaest.*2.*nu* 1.2.3.*&* 4. ubi plures autoritates allegat, Anton. Gomez. *tom.*2. *var.resol. c.*2.*nu.*28.*Fabian.de Monte de empt. & vendit.quaest.*7. *Joh Schard.d.consil feudal.*6.*nu.*49 *Jacob.Cujac.ad.d. l.pignori.ff de usucap. Henning Gœden.consil.*109.*num.* 152. *usq; ad num.*2 8. ubi hanc sententiam multis confirmat Didac. Covarr. *var.resol.lib.*1.*cap.*9.*Joh. Koppen.decis.quaest.*1.*nu.*85 *Hieron.de Cavillos.in specul. comm opin contra commu quaest.*3. *Mynsing.d obser.*16. *cent.*1.*Andr.Gayl.pract.obser.*18.*nu.*4.*& seqq lib.*2.qui

254 testantur, hanc sententiam in † Camera Imperiali receptam esse, utpote veriorem, æquiorem, melioribusq; rationibus suffultam, ut evitetur peccatum, quod ex mala fide resultat. Et hoc verissimum esse, patet ex Symphorem. supplic. & votor. Cameral. Hadr. Gylman. *tom.*1.*part.*3.*voto* 14.*num.*2 3.*& seqq.* ubi referens hunc in modum loquitur; in pignoratitia, inquiens, non est necesse adjicere pactum redimendi, hoc jus debitori, soluto debito, ipso jure competit, *l.si rem alienam. § omnis.ff de pign.act l.si quis nec causam.§ 1.ff. si cert.pet.* nulla temporis præscriptione obstante, cum juri offerendi secundum veriorem & in Camera approbatam opinionē nullo tempore præscribatur; tum propter malam fidem pignus possidentis,&c. *& nu.*6. Et hæc, inquit, verior est opinio, ut dixi, quam tenet Bart. *in l.pignori.ff.de usucap. contra gl.ess. ibid in verb.alienam.* ubi ait, quod juri offerendi non præscribatur 30. annis. Bart. sequitur Zas. *in § actionum.nu.*63 *&* 66.*Instit de actio.&c.* Nam si adsit mala fides possidentis, nullo tempore currit præscriptio, *Paris. consil.*92. *nu.* 36 *vol'um* 1. Proinde quotidiana experientia nos certos reddit, hanc sententiam esse in Scholis & foro, summisq; Dicasteriis receptissimam, usuq; passim per universam Germaniam comprobatam, ut etiam testatur Henning. Gœden. *d.consil.* 109 *nu.*314. Secuti etiam sunt hanc sententiam Scabini Wittembergenses & Lipsenses *in consultat.Saxonic.part.*1.*de contract.quaest.*1.

Non obstat, quod omnis actio regulariter 30. vel 40. annis, & sic etiam pignoratitia finitur: Quod verum est de pignoratitia jam nata, & cum effectu competente, vel quo alio modo, uti prædicti autores explicant; & ideo distinguunt † in-

255 ter secundum creditorem primo offerentem, & debitorem: siquidem illi competit jus offerendi jure actionis, *d l.potior.*11. *§ fin. ff.qui pot.in pign.d.l. cum notissimi.§.sed cum illud.& seq.Fr.Balb.d.quaest.*2. *per tot.* huic non item, quia priusquam omne debitum solverit, vel eo nomine satisfecerit, nulla ei nata est actio, *d. l. si rem alienam.*9. *§.omnis. de pignor.actio.* juri quippe formato, non formando, præscribitur, *per d.l.cum notissimi.§.illud autem plus. C.de praescript.*30.*vel* 40.*ann. Fr.Balb. d.quaest.*2.*nu.*1. & 4. Excipitur ergo hic casus ab illa regula: quia cum regula in aliquo vitiata fuerit, perdit officium suum, *l.*1.*de regul.jur.*

Neque huic, quod diximus, † pignoratitiam 256
nondum esse natam, sed primum nasci; quando debitor omnem pecuniam solvit, aut eo nomine satisfacit, adversatur, quod in proximæ quæstionis resolutione hoc explicabatur verum esse, quoad effectū agendi; non autem quoad actionem ipsam, utpote quæ ex contractu pignoratitio statim oritetur, simulatq; contractum est pignus, *§.fin. Instit.quib.mod.re contr.obl.l.*1.*§.creditor. ff de oblig.& actio.* Nam nata nihilominus est ex ipsa conventione sub hac conditione, si pecunia, in cujus securitatem data sit, soluatur, *d.§.fin.d.l.*1. *§.creditor.cum ibi annotat.* Antequam igitur hæc conditio impleatur, cum effectu nata non est, sed adhuc in suspenso. At certum est ea, quæ sub conditione † competunt, non prius admittere 257
præscriptionem, quam si conditio ista extiterit, *d.l.cum notissimi.§. illud autem plus.* Ergo nec hæc actio prius se præscriptione excludi patietur, etiamsi maxime ex conventione nata sit, nisi prius conditio, quæ inest, & qua suspenditur, fuerit completa.

Neq; dicat aliquis: Quinimo, in jure civili receptum est, quoties † per eum, cujus interest 258
conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset, *l.in jure civili.*161.*ff.de reg.jur.* vel, ut alia juris regula habet; Qui potest facere, ut possit conditioni parere, jam posse videtur, *l.qui potest.*174. *ff.eod.* Quod & Odofredus voluit, dicens: Sic ergo præscribam juri offerendi 30. vel 40. annis; quia potuit offerre, & non obtulit, quantum ad sui præjudicium obtulisse videtur, *l. qui potest. & l.si quis servum.ff.de legat.*2.

Respondetur, regulam † illam fallere, si con- 259
ditio in alterutrius contrahentium voluntatem conferatur in casu permisso, puto, hoc modo, si volueris, cum volueris: quia licet stet per eum, quo minus conditionem impleat, tamen non habetur pro impleta, ne quidem quoad præjudicium ejus, qui non implet, *l.centesimis* 46.*§.si ita stipulatus.ub: Jas.nu* 5 *post Alex.ibid ff.de verb oblig. Decius in d. l.in jure civili.*161. (*alias* 21.) *nu* 7. *versic. sexto limita ff.de regul.jur. Petr.Peck ad c cum non stat. nu* 8.*non procul à fin. versic.seu quando conditio confertur in puram voluntatem promissoris. de regul.jur in* 6. Eamq; limitationem Alex. Jas. ibid. extendunt ad quamcunq; aliam conditionem, dependentem à mera potestate promittentis, *per text. in l. cum ab eo. ibi gloss.ff.de contrah.empt & vendit.* quem textum, etsi prima fronte non recte eo pertrahi videatur, quam aptissime tamen illud ex mente Alexandri probare acute & vere ostendit Jas.*in d. l.centesimis.§.si ita stipulatus.nu.*5. At vero tam ipsa conventione, quam ex natura † contractus pi- 260
gnoratitii, prout ea describitur *in d. §.final. Instit. quib.mo.re contrah.oblig.d.l.*1.*§.creditor.de oblig.& actio. d.l.si rem.*9.*§.omnis.§ is quoq; l.solutum.*11.*§.*1.*§.* 2.*§ solutum.ff.de pign.actio.* conditio hæc reluendi pignus in meram & puram voluntatem debitoris collata est, nulloq; tempore concluditur, ut constet, perpetuo impleri posse, *l. fin. ff. de condit. instit. Petr.Peck in d. c.cum non stat.nu.*3. *versic.quod si* nulla

nulla dies conditioni affirmativæ. Deinde fallit etiam
261 hæc † regula, quando testator aut contrahentes hoc egerunt, ut præcise conditio impleta sit, antequam quid peti possit, *Bald. in l. si pater. in 3. quæst. in fin. C. de instit. & substit. Dec. in d. l. in jure civili. nu. 3. per l. in conditionibus. §. 1. ff. de condit. & demonstrat.*

Non potest autem dubium esse, creditorem antequam teneatur pignoratitia actione, velle præcise conditioné solutionis esse impletam. Nequit ergo per æquivalens illud, vel per fictionem juris juxta hanc regulam adimpleri, sed solutio cum effectu intelligenda est, & per consequens in hac facti specie prædicta regula cessat.

262 Quod deinde objicitur de tempore † immemoriali vim privilegii, constituti, tituli, renunciationis, specialis cõcessionis habente, verum quidem esset, si de origine contractus nõ constaret, *Cravett. consil. 388. nu. 14. vers. his consequens. verb. non admitti si vel titulus alius ostenditur, cedente, &c.* atqui hic de origine ac veritate contractus constat pignoratitii. Nihil ergo antiquitas temporis prodest, *juxta c. veritate manifestata dist. 8.* nam manifestata veritate cedit præsumptio, quæ à temporis immemorialis diuturnitate assumitur, ut post Castrens. *consil. 81.* in causa, quæ vertitur inter reverendum patrẽ, *lib. 2.* gravissime respondit Cravett. *consil. 861. nu. 13. versic. verum præsumptionem omnem.*
263 Cessat quoq; hæc præsumptio, † seu potius effectus immemorialis temporis in his, quæ meræ sunt facultatis, ut est exstructio furnorum, eundi per viam publicam, debitoris oblatio; hæc enim nullo temporis pacto clauduntur, *per l. Proculus. ff. de damn. inf. d. l. viam publicam. ff. de via public. l. 1. §. deniq. Marcellus. l. si in meo fundo. ff. de aq. pluv. arc.* Deinde obstat præscriptioni, etiam immemoriali, mala fides. *d. c. fin. ubi Doctores omnes. extr. de præscript.* Et quamvis Petr. Bremus *in d. consil. 19. num. 27. vol. 4. var. JCtor.* credit, quod de mala fide adfertur, ideo hic locum non habere, quia præscriptio 30. annorum, multoq; magis immemorialis procedat ex sola negligentia, non parentis absq; titulo & bona fide alterius, *l. sequitur. § si viam. ff. de usucap. l. si quis diuturno. ff. si serv. vindic. l. fin. ff. quemad serv. amitt. l. si quis emptoris. §. 2. C. de præscript. 30. vel 40. ann.* neq; hoc jus per jus canonicum correctum esse;
264 experientia fori † tamen docet, jus civile hac in parte non attendi, sed in foro etiam seculari, nos sequi oportere jus canonicum in his, quæ ad conscientiam spectant, ut est præscriptio, & in ea considerata mala fides, ut omnes practici & Interpp. *ad tit. Instit. de usucap.* monent, *And. Gayl. obser. pract. 18. nu. 10. lib. 2.* Sic etsi ibidem *in versic. secundo respondeo.* conatur heredes credi-
265 torum à mala fide † excusare, quia si ex sua persona præscriptionis tempus incipiant, cum conditionem rerũ ignoratint, posse præscriptione tutos esse, *per gl. in c. cum quis. de reg. jur. 6. Dyn. in c. possessor. eod.* hoc tamẽ falsi arguit & refutat Dyn. *in d. c. possessor. n. 45. circa fin.* cum autoris mala fides noceat heredi, etiam de rigore juris civilis, *l. cum heres. de divers. & temp. præscr. l. si ego. §. partus. ff. de publ. in rem act.* & diserte Abbas itemq; Butrig. *in c. si diligenti. extr. de præscript.* tuentur, heredi non prodesse bonam fidem, si antecessor ejus mala fide cœpit possidere. Et quamvis de jure canonico largiendum esset, posse heredem ex sua persona tali casu præscriptionem inchoare, ut voluit Bremus *d. consil. 27. versic. secundo.* animam tamen defuncti heres hoc jure exonerare cogitur, *Angel. Aretin. in §. sed tamen id. Instit. de usucap.* quia peccatum non remittitur, nisi restituatur ablatum, *c. peccatum. de regul. jur. in 6.* & cum apud se habeant instrumentum, taliaq; jura, ex iis scientiæ & malæ fidei convincuntur.

Ad constitutionem D. Justin. Imper. *in d. l. cum notissimi. §. sed cum illud. & §. seq.* respondetur, loqui constitutionem † non in nostris terminis, sed de 266
secundo creditore, qui primo creditum suum vult offerre, ut sibi jus sui pignoris in oppignorata re confirmet. Huic juri ideo præscribitur, quia competit ei non per meram facultatem, sed jure actionis & cujuscunq; petitions in jus deducibilis, *d. l. potior. 11. §. fin. ff. qui pign.* Distinguunt autem Doctores *in d. l. pignori. de usucap. & d. l. cum notissimi. §. sed cum illud. Henning. Gœdden. d. consil. 109 in resolut. 1. quæst. Franc. Balb. d. quæst. 2.* & reliqui omnes inter jus offerendi, quod competit per modum juris & præscriptionis, idque præscriptioni subjacere dicunt, cujusmodi est secundi creditoris jus, quo priori creditum suum offerre potest, *per l. 2. l. 3. l. cum secundus. ff. de distr. pign. d. l. potior. § fin.* Et inter jus offerendi, quod competit per modum cujusdam facultatis liberæ, cujusmodi esse diximus, debitoris pignus luere volentis, *d. §. fin. Instit. quib. mod. re contr. oblig. d. l. si rem. 9. § omnis.* Et cum constet, multũ discriminis inter jus utrunque esse, non est danda ab uno ad alterum consequentia; negandũq; est, jure pares esse creditorem secundum & debitorem, quoad jus offerendi, *per ea quæ scribit Henning Gœdden. d. consil. 109. nu. 195. 196. 197. per supra allegata & deducta*; ex quibus etiam refutatio Bulgari apparet; & quamvis intelligenda esset hæc † luendi facultas, cum 267
possit, subaudienda tamen esset, cum commode possit; *per l. nepos Proculo. cum annotat. ff. de verbor. significat.* ut nisi doceatur à possessoribus pignoris, hanc conditionem extitisse, præscriptionis initium nullum ostendere possint.

Argumentum † ab autoritate gloss. Odofr. Azon. Butrig. Alberic. Kirchof. Petr. Bremi & Modest. Pistor. contraria, ejusdem glos. & additionis 268
ad gl. in d. l. cum notissimi. §. sed cum illud. verb. opponere conatur. Bartoli, Bald. Castr. Boër. Cacheran. Fulgos. Balbi, Hennig. Gœdden. Mynsing. Gayl. adeoq; totius Imperialis Cameræ autoritate refutatur. Et quamvis numerandæ, non ponderandæ essent opiniones, longe tamen communior esset hæc negativa opinio, quam affirmativa, ut diserte affirmat Henning. Gœdden. *d. consil. 109. nu. 258. versic. quod autem ista regula. vers. in prima opinione.* Quinimo Alberic. à priore opinione sua manifesto recedit, ut supra dictum est.

Quod de officio judicis adfertur, hoc ipso refutatur, quod jus agendi formatum debitor non prius habet, quam si solutum sit debitum, *d. l. si rem. 9. §. omnis.* Deinde etiam † præscriptionem 269
adversus judicis officium æque impedit mala fides, ac si adversus actionem prætenderetur, *per d. c. fin. ubi Doctor.* ut vel ideo hoc casu argumentum nihil urgeat. Denique abest habilitas tituli, ex quo præscriptio procedere possit. Est præterea † alia ratio heredis sub hac conditione, si vo- 270

lueris, instituti, quàm contractus: siquidem etsi hæc non adjiceretur heredi instituto, tamen illi hæc voluntatis libertas competeret, §.2.3.4. *penult.& ult. Instit.de hered.qual.& diff.ubi Doctor.* cum nemo invitus heres esse cogatur, nisi suus & necessarius sit, §.1.& 2.*Instit.de hered.qual & differ.tit. C.de serv.necess.hered.instit.* Ideoq; hęc adjecta conditio non plus libertatis tribuit, quam jam ante habet institutus. At si in contractibus vel alia causa adjiciatur, aliquid conceditur ei, cui adjicitur, quod ante ei non competebat, *per d. l. nepos Proculo.de verb.signific.* Qua de causa necesse est, ut hoc non fit absq; singulari operatione, ut nihil frustra in contractibus actum censeatur.

Sed & locus Kirchofii, ut & Emanuelis Soarez. *in thesaur.recept.sent.verb jus offerendi.nu.*340.*&* 341. non est indistincte de omni jure offerendi, sed de eo, quod secundo creditori competit, intelligendus, maxime si allegata attendamus: secundum quæ Doctor. opiniones utiq; accipiendæ sunt, *c.intelligentia.extr.de verb.signific.Wesemb.*
271 *consil.* 6. *nu.*64. Deinde etiam magis † creditur distinguentibus, quam simpliciter loquentibus, *Wesemb. consil.*5. *nu.*19. *versic.responderi tamen possit Doctoribus distincte loquentibus. consil.*27.*nu* 26.*in fin.* quia standum est magis juribus in specie loquentibus, quam in genere, *Jas.ad l.placuit.in fin.C.de judic.l.in toto.ubi Cagnol.nu.*3.*&* 4.*ff.de reg.jur.*

Quod attinet argumenta Petri Bremi de bono publico, de jure adeundi & immiscendi, de negligentia, ac si quæ sunt alia, per supra deducta
272 facile diluuntur. Nam bonum publicum † ita promovendum est, ut tamen non ædificetur mala fide ad gehennam, *per d.c.fin.* neq; par ratio est
273 juris adeundi ac † immiscendi cum hoc jure offerendi: eum creditorum intersit de herede certo mature constare, ac nimia dilatio vim repudiationis habeat. Contra vero creditoris hic nihil interest, dum per pignus certus sit de suo credito, ac insuper etiam ex antichresi usurarum loco fructus capiat. Pręter hæc etiam libera illa voluntas debitori ejusq; heredibus data est, quandocunq; velint ac possint pignus luere, *argum. d. l.nepos Proculo.de verb.signif.* ut ideo à separatis non recte inferatur: quia nec hanc ob causam potest debitori luitionem diu differenti negligentia imputari, quando hoc actum est hoc contractu, ut tamdiu differre luitionem liceat, donec velit ac possit, *per d § fin.Instit.quib.mod.re contrah.oblig. d.l.*1.*§.creditor.de oblig.& actio.*

Sententia Joh. Sichardi *d. consil.feud.*6.*nu.*51.*&*
274 52. manifeste falsa † est; neq; ab eo allegatus Bartolus, neq; Alexander loquuntur de herede debitoris, sed de herede ejus, qui solutionis causa stipulationi adjectus est, ut patet ex ipsorum dictis, *& per text. in d. l.cum quis.*55. *de verb.oblig.* In-
275 gens autem discrimen † est inter eum, qui solutionis causa adjicitur, & eum, cui acquiritur obligatio, *ut ibid & in l.eum qui.*56.*in princ.& §.qui sibi.ff.de verbor.obligat.§.si quis alii.§.plane solutio.Instit. de inutil.stipulat. videre est.* Nam cui obligatio acquiritur, eam transmittit ad heredes suos; non etiam is, qui solutionis causa adjicitur; quia ei nihil juris quæsitum est. Rursum, etsi vera esset hæc Sichardi sententia, tamen hoc casu non obtineret, ob id, quod disertis verbis H. von W. ejusq; frater G. jus luendi pignoris sibi suisq; heredibus, & quibuscunq; hoc instrumentum reversalium habentibus stipulatus est. Ubi enim verba contrahentium clara sunt, standum est eorum voluntati per jura vulgatissima.

Postremum evidentia facti refutatur: siquidem statim & in judicio creditoribus anno 1563. 28 Julii, anni 80. 5. Martii, 81. & 29. Octob. anni ejusdem, itemq; anno 97. contradictum est, & protestationes palam sunt interpositæ, atque ita in malam fidem creditores sunt conjecti, præsertim eo tempore, quando originalia instrumenta sunt prolata. Conservat itemque protestario jus † protestanti illæsum, *l.non solum.§.morte.ubi Bart. Jas. Castr. & reliqui omnes. ff.de novi oper. nunciat.Honded.consil.*89.*num.*11.*volum.*1.*Aym.Cravetta consil.*662. *num.*29. *per l.at si quis.§.plerig, ff.de religios.& sumpt.funer.l.*4.*§.*1.*ff.quib.mod.pign.solv.* 276

Deinde per judiciales protestationes, reservationes & prædicta instrumenta, maxime ex quo producta sunt originalia, novi possessores constituti sunt in mala fide; quia cœperunt habere rei alienæ scientiam. Neq; obscure hanc scientiam fatetur G. à B. 19. Februar. anni 1589. ut ex instrumento constat, quod G. B. fecisse dicitur. Esse autem hanc scientiam lęsam † conscientiam 277 arguentem malam fidem, cõstat ex oppositione bonæ fidei, *in l.bona fidei.*109.*de verb.signif.& l.*7.*§. qui sciens.ff.pro empt.l.item veniunt §.petitam.ff.de petit.hered.l.*2.*C.eod.l.si ab ea.§.si fur.§.*1 *ff.de usucap.Didac.Covarr. ad c.possessor.§.*6. *num.*1. *de regul jur. in* 6. *Joh.Brechaeus & aliis in d l. bona fidei.*109. *Joseph. Mascard.conclus.*224.*num.*10.*&* 11.

Et quamvis denunciatio † vel protestatio ex- 278 trajudicialis non videatur interrumpere pręscriptionem, nisi in casibus à jure specialiter expressis; adeo ut usucapio, itemq; favorabilis præscriptio nequidem citatione judiciali, imo nec litis contestatione interrumpatur, ut late disserit Francisc. Balb. *part.*3.*partis sexta & ult.princip quaest.* 4. *per tot. præsertim num.* 19. si tamen inducit malam fidem informando conscientiam partis, non solum judicialis, sed etiam extrajudicialis denunciatio vel protestatio impedit & inchoari, & inchoatam compleri; propter malam fidem, teste eodem Francisc. Balb. *d.quaest.*4. *num.*20. *versic.secundo fallit. & nu.* 36. & per denunciationem emptori factam probari malam fidẽ, tradit Joseph. Mascard.*vol.*2 *de probat.conclus.*1002.*num* 24 *per l. si fundum.C.de rei vindic.* Atque hoc inprimis evenisset, si anno 1563 1580. 1582. & 1589. instrumenta A. C. & E. fuissent producta.

Valde igitur utile fuisset, hic me in facto paulo plenius fuisse instructum, an & quando creditores nobilium ab A. cœperint possidere ex causa pignoris, quia immissi essent, & an vel quando ex addictionis causa in solutum, & an & quando addictio pure vel cum reservatione aliqua, & quomodo an solummodo quo ad usumfructum, vel plenum dominium facta esset? ac deniq;, utrum soli creditores, vel tertii, qui à creditoribus comparassent, possiderent, ac quo tempore possidere cœpissent. Idq; propterea, quod anno 1563. item anno 1581. & 1582. non video producta esse originalia documenta super jure pignoris. Deinde ex eo tempore, quo creditores nobi-

279 nobilium ab A. AM. tantum † jure pignoris & immissionis possederunt, non potest initium præscriptionis capi: quia immissio creditoris in pignus suum non tribuit jus præscribendi dominium, sed ut liceat ei rei incumbere, eamque distrahere, uti *ex tot. tit. Digest. & Cod. de distra. pignor. l. 1. l. 2. l. 3. C. de jur. dom. impetr.* colligitur. Non enim est titulus ad præscribendum aptus pignoris, ut ex supradeductis liquet. Præterea egregium extat Diocletiani & Maximiani rescriptum *in l. 2. C. si pign. pign. datum sit.* Si creditor, inqui-
280 unt, possessionem, quæ à parentibus † tuis pignoris jure erat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit, examinata fide veri, poteris eam (rem scilicet ac possessionem) soluto eo, quod ex hac causa creditori (patris nimirum tui) debetur, intercessu præsidis provinciæ recuperare. Sic, inquam, & hoc casu, nobiles ab A. AM. tantum oppignorarunt suis creditoribus, neque rem illam eis vendiderunt, nec dominium eis est addictum, soluto eo, quod debetur, intercessu præsidis provinciæ N. & is, cui cessit, recuperabit, actione scilicet in rem proposita, vel pignoratitia actione, aut officio judicis coget nobiles ab A. actiones, quas habent, sibi cedere, *juxta l. si creditor. 7. vers. cæterum agi posse. ff. de distrah. pign. l. si cum venderet. 13. de pignor. actio. & l. grege. §. cum pignori. ff. de pignor. gloss. in d. l. 2. C. si pign. pign. datum sit.* At si ut suum vendidissent, vel in solutum dedissent suis creditoribus, vel dominium creditoribus eorum esset pure addictum per sententiam judicis, utique ex eo tempore adversus rei vindicationem usucapio sive præscriptio decem annorum, nisi mala fides eorum arguatur, vel ab initio adfuisse, vel nondum completa præscriptione supervenisse. Qua de causa necesse est, & monitum esse volo, ut de his omnibus circumstantiis diligenter inquiratur, ut iis apparentibus omnibus modis præscriptio enervetur.

281 Sed etsi contra † tertios illos possessores propter usucapionem experiri debitor non posset; non tamen impediretur cum suo creditore ab A. ejusq; heredibus, oblato debito, experiri actione pignoratitia, ut si rem non restituat, oblata pecunia debita, damnetur, quanti res est, seu quanti sua interest; quia sine culpa possidere non desiissent, qui obærati distractioni locum fecerunt, aut sponte sua etiam, non recte alienaverunt, *l. eleganter. §. fin. l. penult. ff. de pignor. actio. l. 4. l. 5. versic. sed si culpa reus. d. l. nec creditores. 10. C. eod. l. 1. 2. 3. & tot. tit. C. si vendit. pignor. agatur.* Quicquid enim pluris est hæc res, quam est pecunia debita, refundi debet per heredes ab A.

OCTAVÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QVia vero inter alia sub litera I. inventa est scheda quædam in arcula quadam Tr. quæ est nobilium ab A. quæ scripta dicitur manu P. von G. A. proximo die post ascensionis Mariæ, anno 1478. Cui an sine aliis adminiculis fides habenda sit, ac censenda manu prædicti P. von A. scripta, quæritur? Breviter & decisive dico absque comparatione aliisq; adminiculis censeri non oportere manu P. scriptam, neque etiam fidem in præjudicium tertii facere.

Etsi quidem † privatæ scripturæ antiquæ, quæ 282
scilicet centum annos excedit, *Innocent. in c. veniens. extr. de verbor. significat. Jas. in repetit. l. admonendi. num. 203 ff. de jurejur. Modestin. Pistor. consil. 25. num. 3. volum. 2.* etiam absque testium subscriptione semiplene creditur, *Modestin. d. consil. 25. num. 6. vol. 2. Joseph. Mascard. de probat. 3. conclus. 1294. num. 1. Hippolyt. de Marsil. singul. 436. Aym. Cravett. de antiquit. tempor. part. 1. §. viso de verbis enunciativis. num. 1. post Specul. in tit. de instrum. edit. §. nunc dicendum. versic. regulariter ergo.* necesse tamen est, ut constet, scripturam esse illius, qui dicitur, eam scripsisse. Quod si de eo non constet, nihil probat, ut testatur Bart. *in auth. & si contractus. C. de fid. instrum. nec non Corneus consil. 29. num. 9. vol. 2. Aym. Cravett. d. §. viso de verbis enunciativis. num. 3. 4. & 5. & Joseph. Mascard. d. conclus. 1294. num. 4.* tametsi putet Cravetta *ibid. num. 5.* propter antiquitatem temporis & difficultatem probandi, leviores probationes, & sic literarum comparationes sufficere, licet alias privata scriptura nō probet, nisi recognita, *Surd. consil. 61. num. 3.* adeo ut ne quidem comparatione juvetur, *Surd. consil. 187. num. 28.* nisi ab altera parte acceptata fuerit, *Roland. à Valle consil. 26. num. 8. & 9. vol. 1.* At vero in † antiquis leviores proba- 283
tiones regulariter sufficiunt, *l. penult. ff. de probat. c. cum causam. extr. eod. c. veniens. la 1. extr. de testib. Modestin. Pistor. d. consil. 25 nu. 4.* Ideoq; si quibusdam, licet levioribus probationibus probabile reddatur, P. revera scripsisse, semiplenam probationem; etiam in tertii præjudicium conficiet. Verum de his tantum, quæ ab ejus potestate dependent in tertii præjudicium, non ultra fidem faciet. Nemo enim sibi † annotatione sua privata 284
debitorem facere potest, *l. rationes. 6. ubi Doctores C. de probat.* & exemplo periculosum foret, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisq; sibi annotatione propria debitorem constituit, *l. exemplo. 12. C. eod.* Ideoq; Impp. *in l. instrumenta. 5. C. de probat.* instrumenta, inquiunt, domestica, seu privata testatio seu annotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.

Deinde in omni † actu humano, ut ad ope- 285
randum efficax esse possit, hæc tria concurrere oportet, voluntas scilicet facientis, potestas ejus, & justa causa, *Gl. & Bald. ad l. si filia. C. de donat. ante nupt. gloss. in c. cum super Abbatia. ubi Panormit. extr. de offic. delegat. Bald. ad l. nolle ff de acquir. hered. Socin. consil. 95. num. 4. & 38. vol. 3. Tiber. Decian. respons. 40. num. 21. vol. 3. Jacob. Menoch. consil. 75. num. 34. consil. 108. num. 4. consil. 157. num. 1.* Quod si unum eorum deficiat, actus absque omni effectu est, nulliusq; momenti reputatur, *Marc. Mantuan. singul. 251. per d. c. cum super Abbatia. & l. quæro. ff. de eo qui pro tut. negot. gess. Menoch. consil. 157. num. 1. & seqq d. consil. 108. num. 4. Tiber. Decian. d. respons. 40. num. 21. Ancharan. consil. 1. in princ.* Nisi itaq; ejusmodi sint, quæ à potestate P. sola dependebant, ejusq; voluntati subjiciebantur, non poterit ejus efficaciæ esse hæc scriptura, ut de iis fidem faciant. Omnis enim dispositio, inquit Aym. Cravett. *de antiquitat. tempor. d. §. viso de verbis enunciativis. num. 4.* præsupponit substantiam actus: ut si hæc sub-

stantia deficiat, & dispositionem ipsam deficere
286 necesse sit. At substantia † dispositionis vel actus ex solo temporis cursu non præsumitur, quæ ex ipsa re non apparet, *Modestin. Pistor. d. consil. 25. num. 20. vol. 2. per l. nullo. C. de rei vindic. l. diuturna. C. de prascript. long. temp.*
287 Quinimo, ut scripturæ † antiquæ nullis aliis adminiculis suffultæ fidem faciant, necesse est, eas tales esse, ut per se sint alicujus efficaciæ, alias plane nihil probant. Ita enim Modestin. Pistor. *d. consil. 25. num. 88. volum. 2.* Corneum *consil. 19. num. 3. 4. & 9. volum. 2.* secutus declarat id, quod paulo ante *num. 6.* de antiqua scriptura semiplenam probationem faciente proposuit. At hæc scriptura, quatenus ea continet, quæ non fuerunt in P. arbitrio ac potestate, per se nullius est efficaciæ, cum ei non plus credatur, nec plus efficaciæ habeat, quam si viva voce ea, quæ continet, scriptor protulisset & asseruisset, *Roland. à Valle consil. 92. num. 3. volum. 3.* Omnibus autem
288 in re † propria dicendi testimonii facultatem jura submoverunt, *l. omnibus. 10. C. de testib.* Ergo nec credi debet scripturæ quantumvis antiquæ, in re propria scribentis & pro scribente: alias de facili unusquisque sibi suisq; posteris pararet semiplenam probationem scribendo aliquid in chartam vel librum suum, quod & absurdum & invidiosum est, *gloss. in l. quadam. §. numularios. ff. de edend. ubi Bartol. Jas. in repetit. d. l. admonendi num. 50. ff. de jurejurand. Curt. jun. in l. 1. num. 6. C. de edendo.*

Nec ad rem facit, videri hanc scripturam, ve-
289 lut ex † archivo quodam publico illius familiæ productam, ut ei plena fides dari debeat *per auth. adhæc. ubi Doctores C. de fide instrument. c. ad audientiam. extr. de præscript. l morib §. solet. ff. de pœn. Carol. Molinaus in consuetud. Paris. tit. 1. § 8. gloss. 1 in verb. denombrement. num. 18 & 26. argum. Clement. 1. in*
290 *fin. de jurejurand.* Non enim hæc † arcula videri potest archivum publicum, quæ non in loco publico, sed privato, nempe in ædibus nobilium à P. Tr. recondebatur, de qua nec constat, solas scripturas authenticas in ea reponi; neque reperitur sub custodia officialis publici ad hoc deputati. Nam uno ex his tribus requisitis deficiente (nempe ut in loco publico, eoq;, in quo solo conserventur instrumenta authentica, sub custodia publici officialis custodiantur) pro archivo non potest haberi ejusmodi, ut instrumenta ex eo deprompta fidem faciant, ut constat ex doctrina Caroli Molin. *d. tit. 1 § 8. gloss. 1. verb. denombrement. num. 26.*
291 Denique antiqua scriptura privata † tum demum contra tertium facit præsumptionem vel semiplenam probationem, dummodo à persona & loco non suspecto proferatur, & in sui forma appareat confecta, vel approbata ab utraque parte, *Carol. Molin d. gloss. 1. verb denombrement num. 16.* aut ex chartophylacio ejus, contra quem producitur, progrediatur, *Molin. ibid. num. 18.* quorum hic neutrum est.

NONÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QVid ergo? an hæc privata scriptura & annotatio P. von G. genannt T. probat, aut probabile facit, adiisse eum hereditatem avunculi sui G. von W.? Utique; quemadmodum ex præcedentibus liquet. Adire † enim & re- 292
pudiare hereditatem sibi delatam ipsius potestati ac voluntati permissum erat, *l. gerit. l. pro herede. ff. de acquir. hered. l. si avia. C. de jur. deliber. §. item extraneus. § seq. § sicut autem. § fin. Instit. de hered. qualit. & differ. Decius consil. 652. num. 9. Laurent. Sylvan. consil. 36 num. 3.*

Est itemq; communis doctrina interpretum,
aditionem † hereditatis non tantum probari per 293
verba & quæcunq; facta mentem adeuntis quocunque modo arguentia, ut latius prosequitur Joseph. Mascard. *d. volum. 1. conclus. 40. 41. 43. 44. 45. & 46. nec non Schneidvv. Mynsing. & alii in d. §. item extraneus. §. pro herede. & § fin. Instit. de hered. qualit. & differ.* Verum etiam per scripturam, *argum. l. 2. C. de sentent. ex brevic. recit.* ob id, quod scriptura quam aptissima sit ad explicandum id, quod quisque senserit, *Bartol. in d. l. gerit. num. 18 ff. de acquid. hered. Joseph Mascard. d. volum 1. conclus. 42.* ubi *num. 2. post Bart. in d. l. gerit.* in tantum hoc ampliandum & extendendum censet, ut putet, eam conclusionem procedere non tantum, si scriptura sit valida, ac natura sua plene probet, verum etiamsi sit invalida & imperfecta; nam & imperfecta scriptura probat voluntatis perfectionem, *argum. l. fin. ff. de reb. eor. qui sub tut. l. in testamento C. de fide commiss.* Etsi vero Neviz. *in consil. 26 num. 41.* ab hac sententia discedit, dum vult
scripturam † imperfectam nihil probare: Bar- 294
toli tamen sententia magis est recepta; ac locus esse potest illi Nevizan. assertioni, si concurrat cum imperfectione scripturæ imperfectio voluntatis; quia ideo non fit absoluta scriptura, quod noluit esse heres, aut dubitavit, vel amplius deliberandum esse censuit is, qui scripsit, vel scribi, ac instrumentum fieri curavit; vel denique si testamentum propter aliud fieri debuit, ex quo tamen potuisset aditio hereditatis colligi, si in actum productum perfectumq; redditum fuisset. At in his terminis jam non versamur. Atqui expresse dicit, se suamque matrem esse G. heredes factos beneficio Dei, ejusq; Ecclesiæ: Dann meine Mutter unnd ich auch dar rechte Erben zu weren / dar uns Gott und die heilige Kirche mit beerbet hat. Quæ verba aperte declarant adeuntis voluntatem, *per ea quæ scribit Mascard. d. conclus. 40. & 41.* ac ejusmodi factum designant, quod non potuit fieri vel dici sine nomine & jure heredis. Videtur ergo adiisse, *l. 1. C. de repud. hered. l. si avia. C. de jur. deliber.*

Est tamen quod movet, cur non probet aditionem P. Non enim constat matrem ejus, E. von W. tum temporis, cum hæc scripserit, decessisse, ut G. hereditas delata ipsi P. fuerit. Imo vero colligi posse videtur, matrem ejus tum temporis superstitem adhuc fuisse: ita enim de ea loquitur, ut superstitem matrem sibi videatur innuere. Quod si non ipsi, sed matri, eique
superstiti delata fuit hereditas, † certe non po- 295
tuit P. eam adire, quæ sibi delata non fuit, *l. is potest. 18. ubi Marant. in fin. speculi sui. l neminem. 27. l. quamdiu. 69. ff. de acquirend. heredit. Novell. 118. cap. 3.*

Verum, utut sit, patet tamen ex hac scriptura, quid

quid animi tum matri, tum ipsi fuerit circa hanc hereditatem, ut ita, vel matrem adiisse, semiplenè hæc scriptura probet. Sed quid si G. von W. testatus decessisset, aut omnia sua bona, vel hoc ius luendi pignoris inter vivos donasset vel cessisset H. fratri suo eiusq; heredibus? Certè, si de eo constaret, vel quid probari posset, nihil hæc aditio prodesset heredibus P. von A. Priore enim
296 casu, locus † esse non potuisset aditioni hereditatis ab intestato, *l. quamdiu. 39. ff. de acquir hered. l. quamdiu 89 ff. de reg. iur. l. antequam C. comm. de success. l. ex testamento. C. unde lib.* Ideoque frustra eam adiisset, quæ nec in ea causa fuisset, ut eam repudiare potuisset. *per d. l. ut potest, cum ibi annot. ff. de ac-*
297 *quir. hered.* Posteriore † verò casu factum defuncti G. cui heres esse voluisset, ratũ habere, & ipse P. & heredes eius adstricti essent, *per l. cum a matre C. de rei vind. l. ea quæ 7. C de restit. mil. l. venditrici. C. de reb. al. non alien. l. sive possessio. 14. C. de evict. l. unum ex familia. §. sed si vero. ff. de legat. 2. l. si ab eo C de neg. gest. l. successores. C. de solut. l. si uxor. C. de bon. autor jud. poss. l. si fundum. verb neq; ei successisti. C. de reb. al non alienand.* Quæ regula adeò vera est, ut quamvis defunctus, cuius heredẽ se profiteretur, aliquid donasset H. eiusque heredibus, vel alienasset, aut cessisset, quod ipsius heredis proprium erat, non tamen possit contra hoc defuncti factum venire, sive ex sua, sive ex defuncti persona agere velit, *d. l. venditrici. C de reb. alien. non alienand. d. leg. cum à matre. ubi Dd omnes, Andr. Tiraquell de retract. lign. g. §. 1 gloss. 9. num. 48. Anton. Gabriel. lib. 6 commun. conclus. tit de regu iur. conclus. 1 1. num. 1 3. 4. 5. 6. 7. per l si cum dotem §. transgrediantur. ff. solut. matrimon. l. 1. C. si ut se ab hered. abst. l. si filius qui patri. ff. de vulg. & pupill. subst. Mynsing. consil. 58 num 20 Jacob. Menoch consil. 79 num 54 & sequentib. con. 87 num. 99 A. ius Pinel. ad l. 1 part. 3. num. 79. C. de bonis matern.* Quod si ita est in re heredis propria, quam ex propria persona proprioque iure vindicare potuisset, quanto magis igitur hoc procedere debet in re quæ erat defuncti propria? *per d. l. cum à matre. & d l. ea quæ 7 d. l sive poss pro d leg si fundum. verb. neq; ei successisti.* Et certe G. seniorem H. fratrem integrum ius suum de redimendo castro AM. cessisse ac transtulisse in fratrem suum eiusq; ac heredem valdè probabile reddit instrumẽtum, quod litera G. notatum est. Nam in eo instrumento inter P. von A. & G. atque A von B. transactum est super castro A M. excepto jure H von W eiusque heredum his verbis: Behaltlich H von W vnd seinen Erben ihrer rechten an dem fürgemeltem Hause / vnd seiner zubehörungen / nach Inhalt ihres Brieffs darauff sprechende:

In hac clausula solidum ius luendi pignoris excipitur ac soli H eiusq; heredibus reservatur: Eidem & heredibus eius in solidum attribuuntur literæ reversales: Nihil reservatur G. eiusq; heredibus.

At hoc instrumentum prædictus G. von W. anno 1457. feria tertia post Dominicam Invocavit, unà cum P. von A subsignavit, suoque sigillo munivit. Ex quo certe insignis resultat coniectura, iam ante solidum ius luendi pignoris G. cessisse H. eiusq; heredibus, cum sibi nullum ius reluendi pignoris reservaverit. Nam etsi eo casu, quo quis † actui adest & subscribit, qui se invito 298
fieri potest, non videatur sibi præiudicasse *secundum Bartol. in l. Caius Seius. 39 & ibid. Castal. ff de pig. action.* si tamen subscribat illi actui, qui se invito fieri non potuisset, non tantum subscriptio, vel sigillatio, sed sola etiam dissimulatio nocet, tacitamque confessionem habet, *ut idem Bart. itemq; Castal. in d. l. Caius Seius 39 per l. fideiussor. §. 1. de pignor. l. 2. C. si al. res pign. l. saepe. ff. de re iudic. faciũt, facit l. Publica. §. fin ff. depos. l. si procuratorem. ff. de procurat. c. quorundam extr de solut.* Et de sigillo differens Joseph. Mascard. *d conclus. 1302. num. 1. & 17.* ubi dicit, sigillum plenè probare in præiudicium sigillantis, etiamsi in scriptura illa ipse non loquatur, sed alius, qui se obligat, vel quid aliud facit, secutus Innocentium *in cap. 2 nu. 3. versic cum non est vu. Hostiens. ibid. extr. de fid. instrumen. & Anton Gabriel. commun. conclus. tit. de præsumpt. conclus. 4. nu. 22.*

Atqui invito G. non potuisset soli H. ius luendi pignoris istius reservari. Constat itaque magnum hinc sumi argumentũ, quod soli H. eiusq; heredibus solidum ius pignoris luendi tum temporis competierit: ut ideò postea moriens nihil eius ad heredes suos G. transmittere potuerit. Hoc indicium augetur etiam eo ipso, quod omnes literæ dotales & reversales cæteraq; documenta, & inter hæc etiam prædictum instrumentum litera G. notatum reperitur apud H. posteritatem, & T. N. eiusque maiores ab H. descendentes. Quæ præsumptio quod possit, & quomodo à præsenti vi procedat, supra alibi enucleatum est.

Possunt plura ex superiorib. colligi, & occasio est diligenter indagandi omnia, possintne plura eius generis reperiri.

DECIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Quibus ita discussis, videtur facilior resolutio decimæ quæstionis, anne scilicet heredes ab A. & vice comitum nobiles à B. possint reluitionem pignoris illius sibi pro hereditaria parte asserere vel ut heredes G. von W. Nam ex quo per prædictum instrumentum A. & C clarum est, detentatori istorum instrumentorũ debere facultatem luendi competere, & per instrumentum E. constat, G. solidũ ius luendi huius pignoris H. von W. eiusq; heredib. attribuisse, nihil heredes G. in ea re prætendere possunt, *per d. l. cum à matre. C. de rei vind. d. l. ea quæ. C. de restit. mil. cum simillib.* At si prædictum instrumentum non extaret, aut eius tenor secus se haberet, nec doceri posset, G. fecisse fratrem suum in solidum heredem, vel cessisse ei omne suum jus, quod in hoc castro habuit, tum absque omni controversia statuendum esset, pro hereditaria portione, quam E. võ W. eiusve filius P. võ G. genandt A. ex hereditate G. cõsequi debuisset, ad heredes von A. jure dominii pertinere castrũ AM. ꝓ reliqua verò portione redimendũ per N. Nam quando ex scheda sub litera I. Tr. reperta, ꝓbatur animo agnovisse hereditatẽ G. prædictũ P. utiq; hoc ipso ꝓbatũ erit, fuisse ipso iure ꝓ portione hereditaria hoc castrũ statim liberatũ p crediti † ac debiti confusionẽ quæ hic in persona creditoris P. evenisset, 299
quãdo heres fact9 fuisset suo debitori, *p tex. expr.*

ut debitum.§.vers.etenim cum tibi.C.de hered.act.l.de-
bitori.ubi Bald.Jas.Dec.C.de pact.leg.Vranius.ff.de fide-
iuss.l.Stichum.§.aditio.ff.de solut.Modest.Pistor.consil.1.
num.31.vol.1. Tunc enim aditio hereditatis pro
solutione est,& vim solutionis habet,d.l.Stichum.
§.aditio.gl.in l.si socer ff.solut.matrim.Bart in l.si is,qui
pro emptore,nu.67.ff.de usucap Joh.Pet.Surd.consil.128.
nu.24.cum videatur à seipso exegisse, Surd.d.cons.
300 128.n.24. Neq; semel heres † factus,potest desi-
nere heres esse,ne quidē per restitutionē in inte-
grum prætoriā. l.sed si sine.§.sed quod Papinianus.ff.de
minor.Mod Pistor.cons.46.n.21.vol 1.& res factę in-
fectæ fieri nequeunt,l.in bello.§.facta.ff.de capt.&
postlim.reversi.§.1.vers.quæ igitur Nov.97.de æqual.dot.
& donat.propt.nupt.

Neq; scrupulū movebit,reliquā G.hereditatē
à P.eiusq; successorib.nunquā esse petitam,ita ut
ei absq; omni controversia per immemoriale tē-
pus sit præscriptum. Nam id nihilominus quod
possedit,& in hunc usq; diem, eiusq; heredes ex
ea hereditate detinuerunt pro herede possidere
301 ac habere possunt: cum ēt in minimo † possessio
pro herede esse possit,l.licet minimā ff.de pet.hered.
hereditatisq; nomē,ut & heredis,non sit corpo-
rū,l.nihil est aliud, 24.ff.de verb.sign.leg.hereditas ubi
Dd.ff.de reg iur.sed iuris,leg hereditatis 119.ff.de verb.
sign.l.hereditas.50.ff.de pet.hered. Estq; hereditas &
heres is, qui adiit eam,etiamsi prorsū nihil sit in
hereditate,nihilq; rerum ad adeuntē perveniat,
Andr.Alciat.& Forner.ad d.l.hereditatis.119.per illū
tex.& d.l hereditas.50.& l.si sorori.14.C.de iur.delib.

Sic nec illud adversabitur,quod nemo à seipso
302 redimere possit,† quia actio & passio in eodem
circa idē & eodē tempore non possunt concur-
rere, l.hæc verba.124.ubi Dd.ff.de verb signif. ut neq;
quisquā à seipso exigere vel petere videtur. Nam
hoc quod actio nō potest,confusio potest,ob id,
quod actio & passio nō possunt simul in eodem
esse subiecto,sed altera alteri cedere cogatur: ita
fit,ut liberatio ipso iure contingat pro ea portio-
ne,qua actio&passio hoc modo in eodē subiecto
simul concurrunt per d l.Vranius ff.de fideiuss. d.l.ut
debitum.5.in fin.d.l pen.C.de hered.act.

Sed nec illud facessit negotium,quod etsi per-
sonalis obligatio,pro qua pignus obligatū est,in-
303 ter heredes debitoris sit ipso iure per † legem 12
tabb.divisa, l.ea quæ 6.C.famil ercisc.l.1.l.2.C.de he-
red.act.l.1.& 2.C.si unus ex plurib.her.cred. pignus ta-
mē ipsum esse individuū,neq; pro parte liberari,
l.1.C.de luit.pign. d.l. unus ex multis.16. l.quamdiu.6.
C.de distr.pign.d.l.1.& 2.C.si unus ex plur. hered. cred.
Quod verū est quoad ius vindicandi & distrahē-
di pignus integrū pro residuo nondū soluto, vel
per confusionē sublato,uti ex d.l.quamdiu.6.& d.l.
unus.16.C.de distr.pig l.heredes. 25.§.idē iuris est. vers.
idem observatur in pignorib.ff.fam.ercisc.l si necessarias.
8.§.si unus ex heredib.ff.de pign. act. & d.l.1. C.de luit.
pign.d.l.1.& 2.C.si unus ex plur.her.cr.liquet. Ut verò
pro parte confusa nihilominus liberatio contin-
gat,quo ad ipsum, in cuius persona confusio ac-
cidit,hoc ius distrahendi non impedit, d.leg.5.&
pen.C.de hered.act. Ideoq; coheres,in cuius perso-
na nō evenit confusio actionū coheredi, in quo
confusio pro sua persona accidit, non potest ul-
tra personam suam obligatus videri, ut si eam
portionē offerat,pignoris distractionē impediat,
& sic rectè suam partem à coherede vindicet, d.l.
1.& l.pen.cum ibi not.C.de hered. act.

UNDECIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Undecimæ quæstionis, pro qua parte admit-
tendi sint heredes heredūq; heredes T.vom
G.& E.von W, resolutio dependet ex iis, quæ
in resolutione præcedentis quæstionis dicta sūt,
nempe ꝑ portione hereditaria,quam E.von W.
si supervixisset,habitura fuisset ex fratris G.here-
ditate,per d.l.1.l.2.l.5.& l.pen.C.de hered.act.d.l.6.C.
fam.hercisc. Nam & ꝑ hereditaria portione in fa-
miliç herciscundæ iudiciū venisset, si unus here-
dum totū pignus redemisset,d.l heredes.25.§.idem
iuris est,vers.idem observatur,l.si servus.31.ff fam.herc.
Videndū itaq; est,quod heredes G.reliquerit. Et
certè ex renūciatione E.von W.sub litera B.cō-
stat,ipsam præter hypothecā nihil iuris in A M.
retinuisse,sed hoc castrum totū iure dominii ac
proprietatis cessisse æqualiter H.& G.von W.
Renunciantis n. sororis † partes hereditariæ ac- 304
creverūt,utriq; fratrū pro æquali portione, qua
hereditatem actu retinuerunt,ꝑpter præsumptā
æqualitatē affectionis, Nicol.Boer. decis.104.Fab.de
de Ant.consult.25.n.42.Fern. Vasq.de success.creat.lib.
2.§.20.Ant.Tessaur.decis.Pedem.159.Tib.Dec.resp.46.
vol 3.Ideoq; semissis totius castri cū pertinentiis,
cedit soli H.von W.posteritati ac heredibus: al-
ter semissis.sive altera pars,dimidia cedit heredi-
bus G.von W.ita ut si H von W.eiusve filii filię-
que,& E.von W.eiusve filius P.vom G. soli sint
heredes facti prædicto G.non possint E.heredes
ac posteri, quiq; causam ab iis habent maiorem
partē,huius castri cū pertinentiis sibi vindicare,
quàm saltē quadrantem, h.e.partem quartā: do-
drans,h.e.tres quadrantes cedunt posteritati H.
von W.semissis sc. jure proprio, & ex altero se-
misse,similiter semissis,h.e.tres unciæ, jure suc-
cessionis qua G.heres extitit. Quod si G. plures
sorores,sororūve filios filiasq; heredes reliquis-
set,minorē sibi portionem E. heredes vindicare
possent. Notū quippe est ex Nov.118.c.3.fratres ac
sorores † ex utroq; parente superstites prædefū- 305
ctorū filios filiasq; defuncto patruo succedere,i-
ta ut fratres ac sorores ꝑ numero capitū heredi-
tatē dividant,prædefunctorū verò filii filiæq; pa-
tris matrisve suæ locum subintrent. Quod & in
Authent. cessante. C de legit.hered.relatum,& Anno
1521. Wormatiæ in Comitiis conclusum, ac
Norinbergæ per constitutionem publicam san-
citum est, von Succession Brüder vnd Schwe-
ster Kinder/wie die mit jhrer abgestorbenen Vät-
ter vnd Mutter Brüder oder Schwester die an-
der abgestorben jhres Vatters oder Mutter Brü-
der oder Schwester im Stam erben sol / ꝛc.

Si verò soli fratrum † sororumque filii filiæ- 306
que eo tempore, quo G. defunctus est, super-
stites fuissent, ad P.vom G.genandt X. filium
E.von W. non maior pervenisset portio, quàm
ei pro numero capitum in eodem hoc gradu
concurrentium attribui debuisset. Itaque cum
ex instrumento E. constet, anno millesimo qua-
dragesimo & octoginta mortuo H.vō W.super-
fuisse ex H.tres filios ac tres filias,si cum his G.P.
solus successisset ante G.matre E.von W.mortua
saltem

saltem septima portio partis dimidiæ ad eũ per-
venisset, neque plus heredes eius sibi vendicare
possent. Nam quando soli fratrum sororumq̀ue
filii filiæq; supersunt, non in stirpes, sed in capita
fit hereditatis divisio, *per d. Nov, 118. c. 3. & authen.
post fratres fratrumq., C. de legit. hered. autore Azone.
Cyn. Odofr. Alberic. Castrens. in auth. cessante, C. de legit.*
307 *hered.* Non enim reperitur † jus antiquum in hoc
gradu solo existente coarctatũ, quod in collate-
rali linea nulli successioni in stirpem locũ dabat,
sed tantum pares in gradu exclusis remotioribus
pariter, & in capita admittebat, uti notum est *ex
§. hoc etiam. Inst. de legit agnat success. l. lege in fin. vers.
illo procul dubio. l. fin. in fin. vers. illo etiam observando.
C. de legit. hered. l. si libertus patrono. §. fin ff. de bon. li-
bert. Vlpian. in fragm. tit. 26. §. 4.* Et in specie de fra-
trum filiis patruo successuris textus est, *in leg. 1. in
fin. ff. si pars hered pet.* ubi si defũctus reliquit fratris
filium & uxorem alterius fratris prægnantẽ seu
gravidam, fratris filius certam partẽ hereditatis
vindicare non potest, quod incertum sit, quot li-
beros uxor defuncti fratris sit paritura: siquidem
quod hereditas pro numero capitũ competeret.
Idemq; patet ex *l. post consanguineos. §. hereditas. ff.
de suis & legit.* ubi asseritur, si plures sint eiusdem
gradus omnib. hereditatem competere, ut si de-
functus duos habuit fratres vel duos patruos, &
unus ex his unum filium, alter duos reliquit, he-
reditas defuncti in tres partes dividi debeat.

Justinianus autem *in d. Nov. 118 cap. 3.* antiquam
regulam, ut pares in gradu pariter succedant in
308 collaterali linea retinuit, uno † casu excepto, si
cum suis patruis, avunculis, & materteris con-
currant prædefuncti fratris vel sororis filii filiæ-
309 que. Exceptio autem † confirmat regulam in ca-
sibus non exceptis, *leg. nam quod liquidè, §. fin. ff. de
penu leg. Bald. in l. 1. §. sed excipiuntur, in fin. per ill. tex.
ff. de fer. & dilat. & per l. tribunus. § fin. ff. de mil. testã.
Jason ad leg. 1. C. de verborum significatione. Rolandus
a Valle consil. 1. num. 120. consil. 79. num. 78. consil 80
num. 53. & 54. volum. 3* Quo argumento, in hac
ipsa quæstione utitur Zas. *consil. 4. nu. 1 & 2. vol. 1.
& de feud. part. 8. num. 18. & sequentibus.* Et quod
specialiter non invenitur correctum cur stare
prohibetur? *l. sancimus. C. de testam. l. præcipimus in
fin C. de appell.*

Quamvis autem contraria sententia ab Ac-
cursl. *in auth post fratres. C. de leg hered. Bartol. in leg. 2.
§ hereditas. de suis & legit. Dyn Angel. Corn. in d. authẽ.
cessante. Math. Mathesil. de success. ab intest art. 3. vers. 2.*
defendatur, eamq; novissimè contra Zas. & Im-
perii constitutionem Anno 1529. publicatam,
Wie Brüder oder Schwester Kinder jhres Vat-
ter Bruder oder Schwester verlassen Erbschafft
vnter sich theilen sollen/ꝛc. defendendam suscepit
Francis. Sonsbec. *de feud part. 9. num. 100. & multis
sequentib.* multis in eam rem argumentis addu-
ctis, eamq̀ue infiniti alii secuti sint, *veluti Nicol. de
Vbald de success. ab intest. par. 3. Jacobin. de S. Georg. in
tract. de feud. verb. præsentes. num 3. versic. sed ulterius.
Fran Viv. 2. comm. opin. nu 25. Soc. Jun. cons. 74. num. 7
& cons. 104. n. 29. vol 1. Chassan. cons. 74. Fran. Becius
cons. 16. Aym. Crav. cõs. 966. Burs. cons. 67* prior tamẽ
sententia maiore consensu & ratione est recepta
à Bald. sibi ipsi contrario, *in d. l. 1. §. ult. ff. si pars her.
pet. Aretin. in §. cum filius. Inst. de hered. quæ ab int. def.
Hostiens. in summ. de success. ab intest. §. viso igitur. col.
ult. Did. Covar. de success. ab intest. n. 18, Ant. Tessaur. de-
cis. Pedemont. 162. Mich. Grass. recept. sent. lib. 1. § suc-
cessio. ab intestato. qu. 30. n. 4. Hotom. ill. quæst. 14. Joh.
Borchol. de feud. cap. 7. par. 2. n. 39.* ubi Sonsbecii & a-
liorum argumẽta solidè refutat ostendens Sons-
beccium mirum cõmittere elenchum in detor-
quendo textu, *d. Nov. 118. c. 3* quam & Myns. *cent. 3.
obser. 94.* in Camera Imperiali etiam quo ad feuda
receptam esse dicit.

Etsi verò ex d. constitutione † Caroli V. anno 310
1529. publicata constet, in multis locis fuisse cõ-
suetudine receptum, ut in stirpẽ succederent, et-
iam soli existentes fratrum prædefunctorum filii
filiæq;, ex eo tamen consequens nõ est, etiam eo
loci, ubi hic casus evenit, ante eam constitutionẽ
consuetudines istas antiquantem idẽ morib. ob-
tinuisse, sed si sese in eo vellent fundare heredes
ab A. probare hoc tenerentur: quia † quisq; in- 311
tentionis suæ fundamentum probare tenetur, *l.
actor. C. de probat. Rol. à Valle cons. 58. nu. 72. cons. 69.
n. 47. vol. 3. Joh. Pet. Surd. cons 24. n. 8.*

Ideoq; etsi contendant H. aut E. adhuc super-
stitem fuisse eo tempore, quo G. decessit, hoc ta-
men docebunt, quia fundamẽtum erit ipsorum
intentionis, & scheda à P. scripta sub litera I. du-
bium reddit, utrum P. an matri eius E von W. G
hereditas fuerit delata?

DUODECIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

QUæritur porrò, quo loco, an corã senatu Tr.
vel inferiore judice in M. vel Imperiali ca-
mera hæc causa rerum intuitu in diversis locis &
jurisdictionibus sitarum ventilanda sit? Etsi verò
eius judicis, † sub cuius jurisdictione maior pars 312
bonorum sita est, jurisdictio ꝓpter continentiã
causæ fundata esse potest, *arg l. 1. C. ubi de hered. ag.
oport. l. si fideicommissum. 50 ff. de judic. Petr. Costal. ad
tit. ff. quib. de reb. ad eund. judic. eat.* tum quod maius
ad se trahit, quod minus est, *Paris. cons. 12. n. 15. vol. 3*
tum quod connexitatem causarum dividere nõ
oportet *leg. nulli, C. de judic.* cum tamen, ut in quæ-
stionis ꝓpositione relatum est, omnes illi loci, in
quib. nõ solum castrum A M. sed & ꝑcipua pars
pertinentiarum sita est, amplis. senatus Tr. juris-
dictioni, veluti superiori subiiciantur, utilius &
cõsultius existimo, ut amplis. senatus Tr. tribunal
adeatur, & corã eo, ut oportet, fieri oblationẽ ac
depositionẽ pecuniæ (quia certus locus solutio-
ni dictus non est: ut ideò † eo loci solvi & sic of- 313
ferri possit ac debeat. *Joh. Sichard. ad l. acceptã n. 15.
ac 16. C. de usu. per l. obsignatione.* ubi idẽ Sichar. *n. 10.
post Bart. C. de solut. Jas. in l. qui Romæ, nu 2. & 13. ff. de
verb. oblig.* ubi peti potest, *l. quod legatur. 38. ff. de ju-
dic. Joh. Zang. de excep. par. 3. c. 1. n 95. in fin.*) sic etiam
hæc causa introducatur. Aut enim in rẽ agendũ
est, ut sup. vidimus, *per d. l. nec creditores. C. de pig. act.
l. fin. C. de luit. pig. l. 2. in fin. C. de hered. act.* aut in per-
sonam p pignoratitiã actionẽ. *l. pignus. 9. l pignoris.
11. C. de pig act. d. l. si rẽ. 9. § omnis ubi Dd ff. eod. d. l. fi. C.
de luit. pig.* aut utraq; si partim tertii, partim P von
A. heredes adhuc sunt in possessione, aut deniq;
cõdictione, *ex d. l. si quis cõductionis. 25. C. locat. cond.*
ex sentẽtia Castr. & aliorũ *in d l. nec creditores. & in
d. l. si quis cõductionis. 25.* cave cũ cæteris cumulãda.
Quod si in rem † agatur, non est dubiũ superiorẽ 314

proximum esse adeundum, sub cuius jurisdictione res omnes sitæ sunt, *per l. nulli, ubi Bart. Bald. Jason, & cæteri omnes Dd. C. de judic. c. 2. extr. de cauſ. poſſeſſ. & propriet. l. 1. leg. 2 ff. quib. de cauſ. ad eund. jud. eat. ubi gloſſ. & Dd.* Jacob. *Menoch. caſ. 371. num. 10. 11. 12. 13. de arbitr. jud. quæſt. And. Gail obſ. pract. 32. n. 1. & seqq. lib. 1. Pet. Mindan. de continen. cauſar. lib. 3. c. 3. sect. 2. 3. & 17. Joh. Zang. de excep. par. 2. c. 1. n. 130.* ubi enim res est, ibi in rem agendũ, *l. 1. 2. & 3. C. ubi in rẽ act.*

Sed etsi in personã actione pignoratitia agendum esset, tamen senatum Tr. rectè adiri posse, nec necesse esse ad Tribunal supremũ imperiale recurrere, arbitror, hac ratione, quod omnes & singuli heredes von A. hac actione adstricti sunt ad universitatis illius restitutionem, quæ tota sita est sub senatus amplissimi Tr. imperio, quam pro diviso præstare non possunt, sed pro indiviso. Nam tali casu non omniũ supremum, sed judicẽ sub quo res tota sita est, adiri posse patet ex his, quæ Pet. Mind. tradit *d. c. 3. sect. 3. & ul. itemq; Zang. d. part. 2. de excep. c. 1. n. 131.* Ita enim efficitur, ut cõ-
315 tinentia causæ non dividatur. Deinde † ibi agi oportet de pignore, ubi res sita est, & solutio fieri debet, ibi enim res liberatur, uti & obligata erat, ut nisi defendatur, in eam cessio fieri possit, *per c. 1. §. contrahentes. de for. compet. in 6.* Nullibi enim res immobilis, quam ubi sita est, restitui potest, *d. l. fin. C. ubi in rem act. extr.* nec alio loco de solutione agi potest, quam ubi ea fieri debet, ac vice versa, *Zang. d. par. 3. de excep. c. 1. nu. 95. in fin.* Cui accedit exemplũ de creditore ex personali actione agere volente apud Per. Frid. Mind. *d. c. 3. sect. 3. lib. 3. de contin. cauſ.* Quod autem juris est in creditore, id & in debitore pignus redimere volente, meritò admittetur, cum id, quod actori permittitur reo denegari non debeat, cũ favorabiliores partes sint rei, quam actoris per iura notissima.

316 Quid? quod debitores redimere volentes sunt loco creditorũ, *per d. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. obl. d. l. si rem alienã 9. §. omniu. & seqq. ff. de pign. act.* heredes verò ab A. omnes unius personæ loco habẽdi quo ad ius hypothecæ liberandũ, & actionem pignoratitiam, *l. 1. l. 2. C. si unus ex plurib. hered. cred. vel deb.* vicem reorũ seu debitorum sustinentes, quia per oblationẽ & solutionẽ eius, quod debetur, rei fiunt, rem restitui, *d. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. obl. d. l. nec creditores. verb. nec qui his ſucceſſerunt. C. de pign. act. l. fin. C. de luit. pign.*

317 Deniq; heres † eo loci conveniatur, ubi & defunctus, maximè si ibi inveniatur, nec ullo se privilegio tueri potest, *l. heres abſens. 19. ubi gloſſ. Bart. Caſt. Pet. Coſtal. ff. de judic.* Et quamvis ibi non reperiatur, tamen usq; ad missionem in possessionem bonorũ, quæ ibi habet, quæve in litem deducuntur adversus eum procedi potest, *per d. c. 1. §. contrahentes de for. compet. 6. Caſtr. ad d. l. heres abſens. 19. nu. 2. verſ. niſi admiſſionem, & in repet. n. 2. verſ. ſed hic debet ſe defendere ad hoc, quod niſi, &c.* At defunctus T. vom G. eiusq; uxor, E. von W. itemq; P. vom G. genandt A. & debuissent, & potuissent à W.
318 N. cuiq; posteritate † oblatione crediti facta directa pignoratitia actione coram judice in M. vel coram ampliss. Senatu Tr. conveniri, seq; ibi defendere debuissent, tum ratione domicilii, *l. fin. C. ubi in rem actio. ex c. fin. ubi Marian. Soc. n. 1. & 45. extr. de for. compet* Joh. *Zang. de except. part. 2. c. 1. n. 4. 5 6. n. 24. in fin. n. 25. 26. 27. &c.* tum etiam contractus intuitu, *c. dilecti. c. fin. utroq; loc. Marian. Soc. ext. de for. compet. d. c. 1. §. contrahentes. d. l. heres abſens 19. §. 1. §. proinde. § fin. ff. de judic. l. qui loco 27. ff. de condict. indeb. Zang. d. part. 2. de excep. c. 1. n. 41. & seqq.* & rerũ, *d. l. fin. C. ubi in rem act. l. quod legatũ. 38. ff. de jud. c. ſanè. c. ſi clericus. extr. de for. compet. Pet. Frid. Mindan. d. lib. 3. de cõt. cauſ. c. 4. ſect. 14.* Ergo & heredes eorũ heredumq; heredes ibi quoq; conveniri possũt.

Quod si ergò utræq; actiones, & in rem, & in personam essent cumulandæ, tantò minus dubiũ erit, posse hanc causam in Tr. senatus ampliss. judicium introduci, cum actio in rem ibi tantum ventilanda sit, pignoratitia quoq; pro ea parte, qua heredes von A. quidam adhuc possident: à quib. cæteri propter continentiam nõ sunt dividendi,
d. l. nulli. Imperialis Cameræ † jurisdictio fundata 319
non est, cũ medius sit omnium rerũ superior, Senatus Tr. *per ea quæ Pet. Frid. Mind. d. cap. 3. per tot. lib. 3. Zang. d. par. 2. c. 1. n. 131. ſcribunt.* At quo ad heredes von A. posset jurisdictio Cameræ fundari intentata actione pignoratitia adversus omnes ac singulos, *And. Gail. d. obſ. pract. 32. n. 3. & seq. lib. 1. Pet. Mind. lib. 3. de continen. cauſ. c. 4. per tot.* Sed necesse nõ est eò recurrere, cũ à senatu Tr. illis hæc causa denunciari, & tã respectu rei, & causæ, quàm cõtractus citari possint, *P. Frid. Mind. d. c. 4. ſect. 11. 12. 13.*

DECIMÆ TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

AD hanc quæstionem, utrum sufficiat B. solũ citari? per distinctionem respondendũ esse arbitror, aut enim ad solutionẽ fiendã, oblationemq; citatio emitti debet, aut facta oblatione & solutione, vel cõsignatione ac depositione citatio fiet ad effectũ agendi & defendendi: Priore casu non tantũ B. sed omnib. heredib. von A. veluti creditoribus heredum von W. locus & dies solutionis, oblationis, ac depositionis denunciabitur, ut cõpareant, pecuniã, quorũ illud est nomen accipiant, ut offerri, cosignari ac deponi, ac sic liberari pignus videant, *per ea quæ ſcribit Petr.*
Mind d. c. 4. ſect. 13. Omniũ † enim interest, & om- 320
nes illa res tangit, ac de præjudicio omniũ agitur, ideoq; omnes vocandi, *l. de unaquaq; ff. de re judic. l. nam ita Divus. ff de adopt. Marian. Soc in. de citat. art. 5. n. 1.* Posteriore casu, si B. solus castrum A M. cũ omnib. suis pertinentiis possideat, sufficit eum solũ facta solutione vel depositione citari, quia adversus eum, vel solum actio in rẽ, quæ rei vindicatio dicitur, competeret, *per d. §. omnium. cũ ibi annota. Inst. de act. l. officiũ. 9. l. qui petitorio. 36 ff. de rei vindic.* Neq; ad rem faciet quicquam, quod non omnes heredes von A. consensissent in cessionẽ B. factã, cum nihilominus possessor in solidũ es-
set, ac in vendicanda † re nõ inspiciatur cuius nu- 321
tu vel volũtate possessor sit in possessione, sed utrum habeat facultatẽ restituendi, *l. officium. 9. ubi gl. & Dd ff. de rei vindic. ubi* Ulp. *in fin.* Puto, inquit, ab omnib. qui tenent ac habent restituẽdi facultatem, peti posse. Pro quo etiã facit §. *omniũ. Inst. de act. cũ ibi annot.* At si solus B. nõ possideret, sed quidã etiã ex heredib. vel alii, hi simul ẽt necessariò citandi essent, cũ totũ à B. obtineri nõ possit, quia nec facultatem haberet totum restituendi.

Quod si etiã heredes ab A. omnes vel † quidã 322
dolo malo possidere desiissent, hi citari quoque possent,

possent, *leg. quod si dolo. 22. l. qui petiterio. 36. verb. vel dolo desiit possidere. ff. de rei vindic.* ut & illi, quorum parentes vel autores dolo malo possidere desiissent: nam hoc nomine heredes, licet non possideant, actione in factum tenentur, *l. cum autẽ fundi. 52. ff. eod.*

Estque prædictæ distinctioni locus, nisi quis
323 arbitretur, cumulandas † esse actiones in rem & pignoratitiam, alternativè & subordinatè, in rẽ, adversus possessores, in personas pignoratitiam adversus omnes heredes von A. ut quicquid propter usucapionem vel præscriptionem à G. von B. haberi non possit, hoc refundant heredes von A. Nam tum omnes heredes ab A. unà cum B. citandi essent, quia adversus omnes competeret actio. cum re pignorata ita vendita à creditore eiusq; heredib. ut vindicari nõ possit, aut debitor, idemque dominus vindicare nolit, sed malit in personam agere, parata sit actio pignoratitia in id, quod interest, & quod pluris res, quàm creditum est vendita, *l. eleganter. 24. §. si vendiderit, § fin. l. pen. ff. de pign. act. l. 1. l. 2. C. si vendit pig. ag. l fin. C. de distr. pign.*

Decimæquartæ Quæstionis Resolutio.

Sed & illud quæritur, utrum pignoratitia actio sit in rem scripta nec ne? ac proinde, utrum ea possit coram amplissimo Senatu Tr. institui etiam adversus heredes von A. extra Senatus territoriũ in diversis locis degentes.

1. Quod ad primum huius quæstionis membrũ attinet, multi quidẽ ex veteribus, maximè ex C. C.
324 contendunt, pignoratitiam † directam, quæ debitori competit soluto debito, nõ esse mere personalem, sed in rem scriptam, *teste Panorm. in c. cũ contra. col. 2. vers. item agere personali. vers. nam pignoratitia actio licet sit personalis, nihilominus est scripta in rem. extr. de pignor. Idem voluit Bal. in rub. C. de pig. act.* quando datur contra usurarium, de æquitate canonica. qua dicit competere contra quemlibet, etiam singularem successorem, *per text. express. & ibi annot. ab Hostien. in d. c. cum contra. extr. de pignor.* ubi decernitur, si creditor, vel is, qui à creditore causam habet, etiamsi singularis sit successor, tot fructus perceperit ex pignore, quot sufficiunt ad sortis solutionem, quod is, qui hoc detinet, debeat restituere, mittiturq; debitor dominus in rei possessionem. Sed Alexand. *in addit. ad Bald. in c. 1. de feud. dat. in vic. leg. cõmiss. ut & Panorm. d. loc.* nec non Hostiens. contendunt indistinctè in rẽ scriptam esse, moti non tantum, *per text. in d. cap. cum contra.* sed etiam *per leg. si cum venderet. 14. ff. de pign. act. ubi Ulpian.* Si, cum venderet, inquit, creditor pignus, convenerit inter ipsum & emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus, & est rescriptum ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorẽ, ut debitori mandet ex vendito actionẽ adversus emptorem: sed & ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorẽ agere. Hanc in factum actionem interpretantur utili pignoratitia: Quæ nisi in rem scripta esset, adversus hunc specialem successorem, emp-
325 torem pignoris non competeret. Nam † merè personalis, quæ in rem scripta non est, nõ sequitur fundum nec possessorem, *l. fin. §. fin. ff. de contr. empt. l. 1. §. si heres percepto. ff. de Senatus C. Trebell.* neq; in singularem successorem transit. *Jas. in l. 1. n. 77. ff. de legat. 1.* sed competit adversus hunc specialẽ emptorem pignoris, *d. l. si cum venderet. 13. §. sed & ipse debitor.* In rem ergò scripta est.

Deinde negari non potest, † per constitutio- 326
nem pignoris rem affici, ac jus quoddam reale pignus esse, *l. si tibi 17. §. de pignore. ff. de pact. §. item Serviana. Inst. de act. l. 1. l. pignoris. ff. de pignor. Modest. Pistor. consil. 64. n. 10. vol. 1.* Mixtæ † autem actiones, 327
h. est, in rem scriptæ definiuntur illæ, quæ ita ex natura realium ac personalium actionum sunt confectæ, & unitæ, ut sapere videantur naturam, & realis & personalis actionis, *Bologn. ad l. 2. n. 28. ff. de verbor. obligat. Dd. ad §. quædam Instit. de action. Robert. Marant. in Spe. ul. suo part. 4. dist. 3. Zanger. de except. part. 2. cap. 1. num. 106.* Est igitur & pignoratitia in rem scripta.

Verùm † si paulò altius singula examinemus, 328
& cõmunem doctrinam Dd. investigemus, magis est ut cum Bartolo *in proœm. Dig. §. 3. Castrens. Alciat. Porcio, Joh. Fabro, Jas. Gomez. in §. omniũ. vers. namq. d. §. quædã §. actionum. verb. pignoratitia. Inst. de action. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. oblig. Ang. Aret. ad §. item Serviana. col. pen. & in d. §. actionum ubi de pignoratitia. Inst. eod. Anton. Negusant. de pignor. & hypoth. memb. 2. part. 7. princ. num. 2. vers. ego autem puto veriorem. Modestin. Pistor. consil. 13. num. 22. volum. 1.* statuamus indistinctè tam canonico quàm civili jure, hanc actionem simpliciter in personam, seu personalem esse, *per text. express. in § act. omũ. versic. in personam ff. de obl. & act. d. §. omnium. vers. namque.* ubi actio in personam † ea definitur, esse, qua cũ 329
eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid, vel dandum, & semper adversus eundẽ locum habet. At talis etiam est hæc pignoratitia actio, ut ex *d. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. oblig. l. pen. C. de pign. act. l. 2. C. de luit. pign.* notum est. In personam est igitur, & quidem tantum, maximè cum nullibi ei qualitas realis actionis attribuatur, *Mod. Pist. d. consil. 13. n. 22.*

Deinde † hoc etiam egregiè probatur per tex. 330
in l. fin. C. de distr. pign. ex quo constat, neque possessorem rei pignoratæ hanc actionem sequi, neque per eam rem posse avocari, quæ comparata est ex superflua pecunia, quã creditor ex pignoris venditione redegerat. Et huic textui responderi non posse dicit Anto. Negusant. *d. membr. 2. part. 6. princ. n. 2. vers. ego autem puto veriorem.*

Quod etiam Bald. vidit, qui hoc ipso, & quod ex contractu est hæc actio, cõmovebatur, ut distingueret inter ius canonicum & civile, concedens civili iure merè personalẽ esse, nec ideo dari in singularẽ successorẽ, cum quo non est contractũ. *in d. c. 1. circa fin. de feud. dat. in vic. leg. commiss.*

Sed & illud constat, † quod actiones in rẽ scriptæ 331
tũ ex eo nominantur, quod de re solũ, de qua agitur, sine designatione ullius personæ, ad quam actionis verba diriguntur scriptæ sunt, *l. metũ. 9. §. animadvertendũ §. si. ff. quod met. cau. l. noxalis 7. l. si ad libertatẽ 42. §. hæ actiones. 2. ff. de nox. act.* tũ quod naturæ & realis & personalis actionis, coniunctionẽ habent, *Maran. d. par. 4. dist. 3. Zang. d. p. 2. c. 1. n. 106.*
At neutrũ hic dari põt. Nam hæc actio † in certã 332
personã, nẽpe creditorẽ eiusq; heredes dirigitur

ac conci-

concipienda est, ut ex Oldendorp. class. 3. act. 12. d. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. oblig. d. l. si rem. 9. §. omnis. §. fin. & ll. seqq. d. l. pen. C. eod. manifestum est. Neque etiam præstationes habet reales, uti familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finiũ regundorum actiones, de quib. in d. §. quadam. Inst. de act. neque quemcunq; possessorem sequitur, per d. l. fin. C. de distr. pign. & tot. tit. C. si vend. pign. ag. d. l. nec creditores. C. de pign. act. Non ergo in rem scripta est.

Nec adversatur d. c. cum contra, uti latissimè ostendit contra Canonistas Ant. Negus. d. memb. 2. part. 7. princ. n. 3. & 4. pontificem eo casu agere de secũdo creditore eiusq; herede, qui à primo creditore pignus pignori accepit: soluto † vinculo
333 primi creditoris, quin hoc pignus pignori datũ liberum fit, ita, ut resoluto iure datoris resolutũ intelligatur jus acceptoris, non censeatur in jure dubium, per l. grege. §. cum pignus. ff. de pign. act. l. nomen. C. quæ res pign. oblig. Ideoq; rectè debitor ab eo hoc pignus repetit, qui à primo creditore pignori accepit: siquidem per hunc secundũ contractum primus in ipsum fuit translatus. Deinde
334 responderi potest, † & melius & tutius, non ex primi eo loci actum fuisse, pignoratitia actione, adversus creditorem secundum, qui pignus pignori acceperat, ideoque intelligetur, pro modo ac conditione negotii, de quo quæstio fuit, intẽtatam fuisse non pignoratitiam, sed in rem actionem, quam supra ostendimus dari etiam debitori, soluto debito, vel eo nomine satisfacto, non tantum adversus tertium possessorem, sed ipsum etiam creditorem, eiusque heredes, per d. leg. nec creditores, cum ibi notat. C. de pign. act. d. l. cũ venderet. 3. vers. sed & ipse. verb. aut vindicare, ff. eod. cum similib.
335 Neque verò facilè contrarietas † juris canonici & civilis introduci debet, cum odiosa sit, Jas. in d. l. cum falsa. circa fin. C. de iur. & fact. ign. & in l. 7. ff. de
336 pact. Sed † nec d. l. cum venderet, 13. §. sed & ipse debitor. recepta est interpretatio, sed gloss. intelligit actionem in factum, quæ dicitur præscriptis verbis, natam ex pacto creditoris pignus vendentis, & emptoris, arg. l. si tibi. 13. ff. de præscr. verb. idq; putat speciale esse propter æquitatem, licet alias ex pacto alieno non detur nobis actio, l. cum res C. de donat. Pet. Costal. in d. l. si cum venderet. 13. idem existimat hac ratione, quia perpetuum sit, alicui per liberam personam utilem in factũ acquiri actionem, quoties super reb. illius, cui paciscitur, pactum fecerit, per l. quod procurator. ff. de procurat. leg. pen. C. ad exhib. Cuius rei plura adducit exempla in l. certi. 9. §. quoniam. ff. de reb. cred. si cert. pet. Quæ certè expositio à vero prorsus aliena non est, tametsi ex præcedentib. non appareat, creditorem vendentem pactum esse debitori, sed sibi, ac videantur duo specialia in hac interpretatione cõcurrere, unum, ut ex pacto sit actio, alterum ut ea sit alteri acquisita non paciscenti tantum: Utrumq; contra juris regulas. At duo specialia in eodẽ non facile sunt admittenda. Dicã, quod res est, pactus erat creditor vendẽs, ut si solverit debitor ipsi emptori pecuniam pretii, h. e. si solverit ei pecuniæ summam, quæ pretii causa ab emptore erat præstanda, quæ erat eadẽ, pro qua pignus erat obligatũ, liceret ei debitori rem suã recipere: Debitor pecuniã emptori solvit secundũ contractus illius legẽ. Ex hac admissa solutione, tacitè emptor pignoris pactum cũ creditore vẽditore factum repetiit ac renovavit, atq; sic etiã cœpit negotium inter emptorem & debitorem do ut facias, h. e. restituas rem tibi venditã, ex quo contractu nascitur actio in factum, præscriptis verbis, ut ex l. 5 §. at cum do. ff. de prescr. verb. clarum est. Non ergò quicquam pro Canonistis, & Alexandro hic textus facit: quippe quod non loquitur de pignoratitia, sed actione in factũ, quæ dicitur præscriptis verbis: in quo omnes hæ interpretationes conveniunt. Et sic Canonistæ committunt Elenchum falsæ interpretationis. Quod dicitur pignoris † conventionem rem afficere, 337
& ius quoddam reale esse, verũ est, quoad hypothecariam actionem, non etiam quoad pignoratitiam personalem, ut patet ex d. §. item Serviana. & ibi Dd. Inst. de action. d. l. si tibi. 17. §. de pign. cum annot. & textus allegati omnes agunt de illa in rẽ actione Serviana, & quasi Serviana, nõ de hac, quæ ex contractu est, d. §. fin. Inst. quib. mod. re contr. oblig. A separatis autem nihil rectè infertur. Atq; hæc de primo huius quæstionis membro.

Ad secundum huius quæstionis membrũ respondeo, ex natura & qualitate huius actionis, quæ pignoratitia dicitur, nõ posse eos coram Tr. senatu amplissimo conveniri, cum non sit in rem scripta. Sed rei vindicatio, si possideant unà cum G. à B. adversus eos ibi institui posse, per l fin. C. ubi in rem act. cum similibus. ut suprà quoq. vidimus. Quod si non possideant, ac quis cumulandam hanc actionem cum rei vindicatione arbitretur, fundanda erit amplissimi senatus jurisdictio ex connexitate causarũ & actionum, & quod heredes hi omnes unius defuncti vice sint, ac eo loci, quo defunctus ratione rei & contractus se defẽdere tenebatur, ipsi quoq; se defendere obstricti sunt, d. l. heres absens ff. de judic. tũ etiam ex eo; quod in hoc territorio solutio fieri debet, & actus oblationis est celebrandus, cui hæc conventio est annexa, ut in præcedente quæstione pluribus examinatũ est. Consultũ itaque erit, ut quando fiet oblatio solvendi causa, sive comparẽtes heredes admittant solutionem, sive non, quotquot eorũ comparebunt, ut facta depositione statim citentur, oblato libello, quo restitutio petatur pignoris jam liberati.

DECIMÆ QUINTÆ & ULTIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

POstremò quæritur, † quomodo libellus formandus sit? circa hanc quæstionem quatuor 338
sunt attendenda. Primò, utrum sola rei vindicatio, an verò sola pignoratia actio sit intentanda, & quid de condictione, ex d. l. si quis conductionis. Deinde an & quatenus possint cumulari? Tertiò considerandum, utrũ necesse sit, ut pertinentiæ castri omnes in specie, quantũ fieri potest designentur, an verò ad punctũ liquidationis hæc specificatio reiicienda? Quartò utrum quæstioni fructuũ hic locus esse possit, ut ii in sortem, cõputentur. Hæc si diligenter perpendantur, aperta erit quæstionis resolutio. Et certè quod primũ attinet, si solus B. possideret, sola in rem actio ad- 339
versus eum locum habet, nulla in personam, per d l. nec creditores. C. de pign. act. & l. pen. C. si vend. pign. ag. d. l. officium. 9. l. qui petitorio. 36. ff. de rei vindic. Si soli

340 soli heredes † von A. possiderent, & in rem &
pignoratitia in personam locum habere posset,
d.l.nec creditores.l.seq.C.de pign.act. Sed nec dubita-
tur, quin adversus heredes von A. possidentes,
locum habere possit utiliter condictio. *ex d.leg.si
quis conductionis*, 25. *C. locat. ut ex Interpp. ibidem &
Castr.in d.l.nec creditores.*constat, Nec dubito, pos-
341 se eam † cum pignoratitia cumulari, per ea, quæ
de regulis cumulationũ permissivis & impediti-
vis scribit Dyn. *in c.nullus plurib.de reg.iur.6.& Zan-
ger.de except.part.1.c.8.* & per regulam à Barr. tra-
ditam, quam refert & sequitur Ant. de Matth. *in
tract.de cumul.act. ad l.naturaliter.§.nihil commune.
de acquir poss.nu* 137. nempe quando plures actio-
nes ex diversis causis de eadem re ad idem, diver-
so fine, contra eundem intenduntur, cumulatio-
nem locum habere posse, ut si hypothecaria cu-
mulatur, cum personali ex mutuo, *Myns. obser.58.
cent.*1. Quod si præter B, pleriq; heredum adhuc
castrum eiusque accessiones pertinentes possi-
deant, non est dubium, quin adversus B. in rem,
adversus heredes von A. in personam agi possit,
ac posse cumulari, cum contra diversos intendã-
tur. *per d.c.nullus plurib.cum ibi notat.à Dyno & aliis.
Bart.in leg. edita. C.de edend.* qui pro regula tradit,
quando plures sunt actiones ex eadem causa, cõ-
petentes ad idem contra diversos cumulationẽ
admitti, quam idem Bart. repetit, *in leg.3.§.1 ff.de
duob.reu.& sequitur Anto.de Matth.siue de Paparesch.
de cumulat.act.n.*138. Neq; dicas, imò actionem in
rem ex alia caussa esse, quam est pignoratitia, *per
d.§.omnium. Instit.de act.* sed si ex diversis caussis
plures competant adversus diversos de eadẽ re,
non rectè cumulari, *Bald.in auth.hoc ita.C.de duob.
reu.& in l.ad officium. C.comm.divid.Ant.de Matth.d.
tract.de cumul.act.nu.138 vers.qua cumulatio procedit.*
Nam hoc quidem verum est, quo ad caussam o-
riginis suæ, cum actio in rẽ sit ex caussa dominii,
d.§ omnium. pignoratitia ex contractu, *d.§ fin.Inst.
quib. mod re contr. oblig.* Utraque autem hic occa-
sione unius causæ & negotii proximi, nempe ex
redemptione pignoris cõpetere potest, *per d.l.nec
creditores & l.seq. C.de pign.act.d.l.fin.C.de luit.pign.*
Non ergo ex diversis sunt causis proximis, sed ex
una eademq; caussa proxima, & sic cumulationi
locus erit. Et certè si simpliciter cumulentur, nõ
videbitur pignoratitia in solidum rẽ, sed eas tan-
tum partes intentanda, quas heredes illi ab A.
possident. At interest, propter eventum litis, &
exceptionem præscriptionis, tum etiam, ut ca-
villationes, quæ cumulationis occasione excitari
possent, ut cumulatio fiat subordinatè & succes-
sivè, ut quantò minus consequi actor posset à B.
velit sibi præstari ab heredibus ab A.&c. Et ad
hunc finem possent omnes heredes ab A. eo
quo prius dictum est modo, conjungi, & in li-
tem trahi.

Quia etiam & hoc pro cautela observari po-
342 test, † ut nullum actionis nomen exprimatur, &
tamen omnia requisita utriusq; actionis tam in
rem, quam in personam articulentur, petitio et-
iam ita formetur, ut utriq; actioni competat, uti
quàm commodè formari potest, (cum utraque
actione petatur res restitui, quia actor dominus
fit manente pignoris proprietate in bonis debi-
toris, *l.cum & sors.35.§.fin.ff.de pign.act.*& soluto eo
quod debetur, pignus reddi debeat, *d.l.si rem alie-
nam.9.§.omnis.d.l.nec creditores.& l.seq. C. de pig.act.
d.l.fin. C.de luit.pign.* una cum fructibus perceptis
& percipiendis:) subnexa salutari clausula, omni
meliore modo, *de qua Jas.in d. §. omnium, nu.* 150.
*& Schneid.nu.*129. & qua sola, ut & illa, super qui-
bus omnibus ac singulis petit ius & iustitiam sibi
administrare, cumulatio cõservari potest, *Schnei-
devv.d.n.129.post Jason.ibid.nu.*147. qui hanc clau-
sulam appellat herbam Bethonicam. Non tenẽ-
tur etiam hodie nomen actionis exprimere, *c.di-
lecti,extr. de judic. ubi Dd. Andr.Gail.observ.pract.61.
num.1.lib.*1: sed satis est medium concludendi,
sive caussam agendi ita concipi, ut inde judici
constare possit, quo actor intendat, *Gail.d.obs.* 61.
& si plures caussæ coniunctæ sint, vigore prædi-
ctarum clausularum, *secundum Johan.Schneid.ad d.
§.omnium.num.*129. *Andr.Gail.d.observ.61. num.11.
& sequentib.lib.*1. judex sequitur quam omnium
optimam arbitrabitur. Tertiò, etsi de necessi-
tate juris non requiritur † pertinentias omnes 343
statim exprimi, & speciatim peti, cum accessoria
sequantur caussam sui principalis, *c.accessorium. de
regulis iur.6.* ac magis ad punctum liquidationis,
quam actionis pertinere videantur, cum tamen
in eo laborandum sit, ut lites minuãtur, *l.quidam
existimaverunt.in fin.ff.de reb.cred si cert. pet. l.non est
novum.ubi gloss.penult.ff.de action.empt.gl in c.2.extr.
de capell.monach.* & quàm maximè fieri potest citò
& compendiosè finiantur, *l.fin.ff.pro suo.leg prope-
randum.C.de iudic.c.finem litibus. extr. de dol. & con-
tumac.c.1.de restit.spol.in 6.* & sæpè finita caussa in-
gentes labores in rebus pertinentibus liquidan-
dis sint devorandi cum magna molestia, magno-
que periculo probationum, quæ medio tempo-
re litigantibus perierunt, mihi valdè consultum
videtur, ut non solum ipsum castrum cum suis
finibus, sed omnes pertinentiæ, quantum maxi-
mè fieri potest, specificentur, ac disertè exprimã-
tur, ut una eademq; opera, qua intentata actio,
etiam res pertinentes cum suo principali probẽ-
tur: ne postea ex lite lites nascãtur, sed tota con-
troversia quasi una manu discutiatur.

Quod quartò de fructibus quæritur, ad eos,
qui post oblatam pecuniam & depositam nasci-
turi sunt, pertinere, extra controversiam est.
Nam ut in actionem † in rem veniunt fructus & 344
accessiones, *l.si fundum.l.certum est 22.C.de rei vin-
dic.l.fructus.l.fine caussa. leg.ex diverso. §.ubi autem.ff.
eod.Johan.Schneid. in d.§.omnium.num.*136.137.138.
ita & in pignoratitia caussa, dissoluta, antichresi,
fructus cum re ad debitorem redibunt. Verum
hoc amplius in pignoratitia est, ut fructus ex pi-
gnore, quod in antichresin datũ non erat, com-
putentur in sortem, eamq; minuant, ac pignus
liberent, *l.1.l.2.l.creditor qui prædium.3.l.final. C.de
pign.act.l.1.& l.2.C.de pact.pign. c.cum contra.ubi glo.
Panorm.Hostiens.Anton de Butr. extr.de pignor.ipso iu-
re. c.1.ubi Panorm.extr.de usur.* Etsi verò antichre-
sis jure † civili permissa est, *d.l.si pecuniam.33.ff.de* 345
pignor.act.l.si is qui.11.§.1.ff.de pignor. jure tamen ca-
nonico, maximè quæ per longum tempus, vel
perpetuò duravit, illicita est, quia usuraria, præ-
sertim, qua legitimum interesse excedũt fructus,
c.1.c.fin.extr.de usur. Ideoq; eo jure fructus legiti-
mum interesse, excedentes omnes in sortẽ com-
Pp putan-

putantur, *c. illo vos. ubi Dd. d. c. cum contra. extr. de pignor. text. expressus in d. c. 1. c. 2. c. consuluit. c. fin. extr. de usur.* Ex quo concludendum esse videtur, posse & in hac facti specie hoc urgeri, ut fructus omnes retrò percepti, quatenus legitimũ interusurium excedunt in sortem computentur, *Andr. Gail. obs. pract. 3. lib. 2. Pet. Costal. ad d. l. si pecuniã. 33. de pig. act.*

Quia verò hoc castrum cum pertinentiis pro sexcentis florenis Rhenensib. in dotem promissis obligatũ est in antichresin. Ideoq; maritus eiusq; heres, quãdiu alere E. von W. debuit, absq; omni controversia, nihil fructuũ in sortẽ computare renentur, *per text. gl. Panorm. & reliquos Canonist. in c. salubriter extr. de usur.* ac præterea prætendunt fortasse adversarii, ipso iure cessisse sibi aliquam partem liberam per confusionẽ actionum, ut supra investigavimus. Qua de caussa nõ usque adeò fidendũ est huic computationi fru-
546 ctuũ in sorte. Quinimò multa etsi iure † strictò fieri possunt, non tamen admodũ laudabile est ista fieri, ut si quis contra propriam vel auctoris sui promissionem laboret, quàm honestius esset observare. Idque tantò magis hoc casu, quo jus civile pro pacto certat, & illud tuetur, sicq; honestius ac laudabilius factũ defuncti ratũ custodire, quam eo neglecto lucrũ captare. *arg. d. l. cum à matre. C. de rei vind.* Erat quoque E. von W. harũ rerum heres sua cũ pro assignata dote atq; hac antichresi renunciaverit omni suo juri, quod in paterna ac materna hereditate habuit, potest videri commodũ huius antichriseos ei in computationẽ legitimæ cessisse. Quod ideò etiã in dubio, & post tã antiquum tempus p̃sumendum videtur, ut usurarum infectio evitetur, quia delictum est, *per l. merito. ff. pro soc.* Quamobrẽ nolim facilè cuiquã autor esse, ut nimium urgendo computationem fructuum in sortem, maiorem animorum excitet exasperationem. Nec tamen omnẽ eius mentionẽ dissuadeo, sed ut perfũctoriè eius mẽtio fiat, & quid iuris cõpetat actori significetur.

Quib. ita consideratis facilè liquet, quomodo
546 libellus concipi debeat, † nẽpe hoc modo, ut oppignoratio & pactũ luitionis, deinde qualificatio N. enarrentur, pertinentiæ unà cũ castro diserte exprimantur ac specificentur, quàm maxime fieri potest, post hæc oblatio & solutio vel vice eius depositio, qua extinctum sit jus tam heredũ von A, quam etiam eorũ, qui ab ipsis causam habent, enucleetur, itemq; possessio adversariorũ detegatur, ac mediũ concludendi cũ annexis clausulis salutaribus utriq; actioni & rei vindicationi & pignoratitiæ conveniens, cujusmodi ex Oldend. *clas. 3. act. 2. & act. 12. Schneid. in d. §. omnium.* ubi de actione in rem, *& d. §. actionum. Inst. de act.* ubi de pignoratitia, Rofr. Benevent. & formulistis constare potest, proponatur, & ex eo conclusio inferatur, ita, ut dicatur peti, restitui ac reddi rem, cũ omnib. fructibus, causa & accessione. & ut heredes ab A. promittant de dolo, & quod res onerata vel corrupta non sit, *d. l. si cum venderet, 13. §. fin. l. seq. l. creditor. 15. ff. de pign. act.* Atque hæc, quæ hactenus à me decisa sunt juri & propositæ facti speciei consentanea esse censeo, salvo tamen cuiusq; meliore & saniore iudicio. In cuius rei fidem propria manu me subscripsi, sigillumque consuetum apposui, quod factum est Marpurgi, Kalendis Septembr. Anno salutis nostræ millesimo sexcentesimo.

Johan. Gœddæus J. U. D.

Consilium XXIX.

Quod est

HERMANNI VULTEJI J. U. Doctoris.

Summaria.

1 *Voluntas defuncti ultima instar legis est servanda.*
2 *Honorificentius est decedere potius testatum, quàm intestatum.*
3 *Honos hominis & existimatio res est omnium preciosissima.*
4 *Honoris & vitæ causa æquiparatur.*
5 *Famam suam negligens censetur esse crudelis.*
6 *Homicidium pro defensione honoris commissum, est impunitum.*
7 *Jurisconsultus requisitus, de jure respondere ex officio tenetur.*
8 *Veritatis occultatio peccatum mortale dicitur.*
9 *Testabilis esse quisq; præsumitur.*
10 *Mentis sanitas in testatore est necessaria, non corporis.*
11 *Senes qui sint, arbitrio iudicis permittitur.*
12 *Mentis sanæ esse quilibet in dubio præsumitur, quod declaratur nu. 102.*
13 *Simplicitas non impedit testamenti factionem.*
14 *Mentis sanitas arguitur ex circumstantiis, & n. 16.*
15 *Anima cæteris rebus omnibus est anteferenda.*
17 *Furiosi testamẽtum sustinetur, si disposuerit, ut prudens dispositurus fuisset. quod declar. n. 49. & 104*
18 *Heredis institutio est caput & fundamentum testamenti.*
19 *Testamentũ inter liberos maximè est privilegiatũ.*
20 *Testamentum inter liberos coram duob. testibus factum, valet.*
21 *Testamentum inter liberos non desiderat testes.*
22 *Clausula codicillaris supplet omnẽ defectum testam.*
23 *Clausula codicillaris non expressa, censetur tacitè inesse testamento inter liberos.*
24 *Testament. inter liberos in suo genere est perfectum.*
25 *Testamen. præsumitur esse validum & solenne: quod declaratur, n. 106.*
26 *Actus ita interpretandus ut valeat potius, quàm ut pereat.*
27 *Præsumptio pro actus validitate præfertur cõtrariæ.*
28 *Pro testamento in dubio pronunciandum est.*
29 *Testamento contradicens probare tenetur.*
30 *Voluntas hominis etiam ex testã. nullo intelligitur.*
31 *Voluntati in testam. inter liberos, tametsi non solenniter facto, expressæ standum est.*
32 *Rei suæ quilibet est moderator & arbiter.*
33 *Domini proprium est alienare.*
34 *Alienatio fieri potest, tam in quacunq; ultima voluntate, quàm inter vivos.*
35 *Voluntas ultima favorabilior est dispositione inter vivos.*
36 *Testandi facultas non debet restringi.*
37 *Testator rebus suis legem & conditionem imponere potest, quam vult.*
38 *Testator excludere potest causam piam.*
39 *Pater de bonis suis pro libitu suo potest disponere, salva tamen liberis legitima.*

40 Pa-

GRavis est & anceps valde, quae ad consultandum hoc tempore proponitur disceptatio. Committitur enim causa ultimae voluntatis, cū causa honoris & existimationis, quam utramque diligenter custodiendam esse, ut per se ipsum satis est manifestū, ita † de ultima quidem volun- 1 tate tot locis textuum & Dd. confirmatur, quot locis asseritur, ultimam defuncti voluntatē legis instar servandam esse, §. *disponat*, *authen. de nupt. e.*

ultima voluntas. 13. *q.* 2. nihilq; magis esse curandum, quam ut ea impleatur, *l.*4.*C.de necess. serv. hered. instit. Angel. cons.*7.*n.*3. & impiū esse atque crudele eam negligere, *l. contra voluntatem. C. de testā.* sicuti econtrariò piè agat, qui eam conservat. *§ si verò expressim. auth de hered & falcid Jas. in authen. si qua mulier. col.*5. *vers. tert ò principalis opinio. C. de sacros. eccles.* Wesemb. *cons.*90.*nu.*18. *Laurent. Kirchov. cons.*26.*n.*17.*vol.*3.*consiliorū German.* Hinc peccatum mortale committere dicatur, qui cū potest, non exequitur ultimam voluntatē defūcti testatoris, *d c. ultima voluntas, Imol. in c. cum esses. n.* 8. *de testam. Corn. cons.* 261 *n.*2.*vers. nam relictum. & cons.* 298.*n.*27.*&* 28.*vol.*1 *& cons.*109 *n* 34.*vol.*2. Inter-
2 est enim † hominis, simulq; & testantis & heredis honos est, ut quis decedat potius cum testamento, quàm sine eo, *l. Julianus ff. de acquir. hered. l. & quia. ff. de interrogat. act.* §.1. *Inst. qui manumit, nō poss. in prin. Inst. ad l. Falcid.* atq; interest etiā ipsius Reipubl. ultimas defunctorū voluntates illibatas conservari, *l. vel negare. ff. testā quemadm. aper. gl. in l. Gallus.* §. *Quid si is in verb. utilitatem, & ibid Bald. n.*3. *ff. de liber. & posthum. qua est melior de iure, secundum Jas. in d. auth. si qua mulier. Dec. cons* 499.*n.*3 *& communem dicit Ant. Gomez. lib.*2.*var. resolut c.*4.*n.*6 *vers. Quintò facit*, eaq; procedunt nō in voluntate dūtaxat expressa in testamento, sed etiā in codicillo, *Dec. cons.*456.*nu.*7 Ex quo est, ut nec imperator nec Pontifex Romanus, nedū conventiones privatorū efficere possint, quo minus testamentum alicuius servetur, atq; executioni mandetur. *l g si testamentum. C de testam. facit tex. in l instrumenta. C. de precib. Imper. offerend Bart. in l. legatū. ff. de usufr leg. Bald. in l.*1 *in fin. C. de his quæ pœn. nomine, & in l. quæ sub conditione*, §. *de hoc iure ff de cond. & demonstr. idē Bald. cons.*82.*vol* 1.*& cons.*66.*vol.*3.*Roman. cons.*177. *in fin. Alexand. cons.*73.*col.*2.*vol.*7.*Dec. cons.*403.*n.*12. *& cons.*557.*n.*4 *&* 5.
3 De existimatione † verò & honore hominis, quod omniū rerū sit pretiosissima, *text. est in l. si in duab. ff. de reg. iur. facit text. in l. ex hac lege ff. si quadrup paup fecis. dicat.* graviorq; oculorū amissione habetur. *per text in l. infamia. C. de decur. lib.*10. imò
4 causa honoris † & vitæ æquiparantur, *l. Justa. ff de manumis. vindict. l. Julian. ff. si quis omiss. caus. testā gl. in* §. *suspectus aūt. verb ob culpam. Inst. de suspect tutor. Bart. in l. ut vim. n.*10.*ff. de iust. & iur & ibid. Jas. n.*36 *Dec. cons.*686.*n.*8.*Pet. Gerard. sing.*1.*n.*9.*& sing.*82.
5 *n.*7.*& sing.*33.*n.*4.*Mant. sing* 383. adeò ut † crudelis esse dicatur, qui famam suam negligit *per text. in c. non sunt audiendi.* 11. *q.*3. *& in c. nolo.* 12. *qu.*1. & mortem quis potius perferre debeat, quàm honorē perdere, *l. si quidem*, § *penul ff. de eo quod met. caus. Luc. de Pen. in l.*1. *C. de cap. civ. cens. exim. lib.*4. *Nevizan. Sylv. nup. lib.*1.*n.*24.*Soc. Jun. cons.*38.*n.*40.*vol.*1
6 *Craves. cons.*168.*n.*3. & sicut † homicidiū pro defensione commissum, impunitum est, *l. scientiam.* §. *qui cum aliter. ff. ad l. Aquil. c.*1.§. *si quis hominem, de pace tenen. Dd. in d. l. ut vim*, ita etiam impunitū sit, ratione defensionis honoris, *per iura allegata.*

Maluissem igitur præsertim, ꝙ aliis etiam non minus necessariis negotiis cum publicè tum privatim districtus essem, omni hoc labore supersedere, aliosq; de ancipiti hac cōtroversia respō-
7 dentes audire: veruntamē cū † meminissem Jurisconsultos invitos etiam ad consulendū & respondendū cogi posse, *per gl. in l.*2. *C. de proxim. sacror scrin. lib.*12. & ibi Bar. & eundē Bartol. *in l. de tutela. C. de in integr. rest. minor.* Felin. *in c. si pro debilitate. de offic. deleg.* veritatisq; occultatio, † censeatur 8
esse pecatū mortale, *c.*1. *de crimin fals. c. quisquis.* 11. *q.*3. *Panorm. in c.*1. *de testib. cogend. gl. in c. dilectorum. verb. criminib. eod & ibid. Panorm. n.*9 *gl. in c. intimavit. verb. iuramento. & in c constitutis, el* 1. *verb. non teneri, de testib.* Jurisconsultis potissimū, qui justitię utpote eius sacerdotes deesse nō debent, *l.*1. *ff de justit. & jur.* exemplū testamenti à P. conditi, unà cum facti specie suprapposita, ea qua par est, diligentia perlegi, perpendi, & in circumstantiis suis accuratè examinavi.

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ET videbatur quidē prima facie ad quæstionē primam respondendū esse, supradictū testamentum iure subsistere, nec ullam eius impugnandi viam aut modum superesse.

Principiò namq; in casu proposito nihil eorū desiderari videtur, quæ animadverteda esse monet Gajus J C. *in l. si quæramus, ff. qui testam. fac. poss.* si quæramus an testamentū valeat, siquidē P. & testamenti factionem habuit, & pro facti qualitate juri satis convenienter testatus est.

Quod n. ad personam domini testatoris attinet, præterquā quod † quilibet præsumatur esse 9
testabilis, *Bald. in auth. omnes peregrini, n.*4. *C. commun. de success. & notat gl. in c.*1. *de reg. iur. in* 6. *Bartol. & alii. in l.*2. *ff si quis in ius vocat. non ierit. Sylvan. cons.* 3.*nu.*63. in facto ēt non videtur dubitandū esse, quin P. testari potuerit, siquidem tempore testamenti à se conditi fuit & sui juris, & justæ ætatis, neq; inter eos, quib. testamenti faciendi potestatem jura ademerunt, qui enumerantur *in gl. d l. si quæramus.* ut ita ex consequenti testamenti factionem habuerit, secundū ea quæ respondit Laur. Kirchov. *cons.*26.*n.*1.*vol.*3.*varior. consil. German.*

Etsi verò eo tēpore æger fuit corpore, senioq; confectus, in eo tamen † qui testatur, inquit La- 10
beo J C. eius temporis quo testamentum facit integritas mentis non corporis sanitas attendenda est, *l.*2. *ff. qui testā fac. poss.* & ut Imperatores rescripserunt. Seniū quidē ætatis, vel ægritudinē corporis, sinceritatem mentis tenentibus testamenti factionem certū est non auferre. Hinc *in d. l.*2. scribunt Bald. & Salic. quod in senissimo sanæ mentis perseveratio prę sumatur, & addit ibidem Castr *n.*2. quantūcunq; quis sit senex, etiam centū annorū, non præsumatur delirare, sed prudens esse, licet juvenes erronici contrarium credant. Etsi a, communiter Doctores eos senes appellent, † qui ingressi sunt annū 60 usq; ad annū 11
80. Sichardus tamen *in d. l. senium. n.*2. scribit, Senes etiā hic appellari nonagenarios vel centenarios, vel ēt annis sexaginta minores, atq; adeò quis senex dicendus sit, relinquendum esse iudicis arbitrio, quod ante ipsum docuerunt Jo. And. *in cap. quoniam frequenter. ut lite non contest.* & alii, quos refert ac sequitur in his casibus, in quibus nulla clara iuris exstat constitutio, Menoch. *lib.*2. *de arbitrar. iudic. quæst. casu.*59.*n.*3. & novissimè Andr. Gail. 1. *obs. pract.* 92.*n.*7.

Hinc dicimus, † quemlibet præsumi sanæ 12
mentis, atq; adeò contrarium dicenti probandi onus

onus incumbere. per text. in c. fin. de success. ab intest.
gl. in l. filium emancipatum ff. de acquir. hered. Dd. in l.
nec codicillos C. de codicill. & in l. furiosum. C. qui testā.
fac. poss. & in l. fin. C. de hered. inst. Bartol. in l. is potest.
n. 15 & ibid. Maran. n. 137. ff. de acquir hered. Bal. in l. 1.
nu 1. ff de condit. instit. Aretin. in l. transactione. in fin.
C. de transact. Dec. cons. 448 n. 9. Paris. cons. 87. n. 1. &
2. & cons. 88. n. 18. vol. 3 Josep. Ludov. decis. Perus. 1. n. 10
Mantic. de coniectur. ult. volunt. lib. 2. tit. 5. & 6. per to-
tum & ideò dicebat Bald. in d. l. furiosum. quod dif-
ficilè sit probare, quem esse mente captum, quia
præsumptionē habet contra se ista præsumptio.

Neq; interest, an quis simplicis, & ut loquitur
grossi sit intellectus, ad hoc ut testetur, quoniam
13 hunc etiam † testari posse, tradit Joan. Fab. in §.
præterea. Instit. quib. non est permiss. fac. testam. quem
ibi sequuntur Angel. Aretin. verb. carent. & Jas. in
d. l. furiosum. limit. 3. ubi dicit, quod licet quis sit
imbecillis intellectus, & ideo etiam curatorem
habeat, testari tamen possit, Idem Jas. in l. ex facto.
in princip. col. 14. ff. de vulg. & pupill. substit. Dec. cons.
112. nu. 1. Corn. cons. 261. col. 9. vers. profectò non re-
quiritur, & cons. 91. col. penul. vol. 4. ubi dicit, quod
si omnes actus singulorum hominum conside-
rarentur, nullus esset sapiens, qui aliquando non
reperiretur fatua & puerilia loqui, aut facere:
quilibet enim quandoq; moriæ ramū ascendit,
non tamen ideò statim censendus est, mente ca-
ptus, ut testari non possit, refert & sequitur Paris.
d. cons. 88. n. 38. & seq.

14 Quod si etiam ex † testamenti facti qualitate,
sana mens testatoris arguitur, ut omnes scribunt
in d. l. furiosum. certè in casu proposito maximè
sanæ mentis tempore testamenti conditi testa-
torem fuisse dicendum erit. Satis enim pruden-
ter testatus est, quod apparet primū ex eo, quod
15 pro anima sua legavit, quæ † omnib. meritò est
anteferenda, l. sancimus. in fin. C. de sacros. eccles. de-
inde quod instituit heredes ab intestato etiam
16 successuros, quod † argumentum esse sanæ men-
tis testatoris responderunt Corn. cons. 232. n. 4. &
cons. 319. n. 2 vol. 1. Grat. cons. 90. n. 19. vol. 2. ter-
tio q consuluit de sese benemeritis, quo argu-
mento ad testatoris sanam mentem in testamēti
factione probandam utitur Alexand. cons. 12. col.
fin. vers. & dictum Petri. vol. 1. & in specie de testa-
toris uxore, cum fuerit per longum tempus con-
sors bonorum & malorum mariti, quod æquum
sit eam etiam post mortem mariti veri amoris si-
gna experiri tradunt Bald. in l. unum ex familia. §.
fin. ff. de legat. 2. Cyn. in l. si à sponso. C. de donat. ante
nuptias.

Quæ eadem faciunt, ut etiamsi testator verè
furiosus fuisset, testamentum tamen eius ob fu-
rorem istum non videretur annullandum, cùm
17 jure receptum sit, etiam † furiosi testamentum
subsistere & validum esse, si disposuerit non ab-
sonè, sed ritè & rectè, secundum doctrinam Joan.
Andr. in d. c. fin. de success. ab intest. Bald. in cap. 1. col. 2.
vers. sed iusta per quos fiat investit. Roman. Alexand.
Corn. & Jas. in d. l. furiosum, Dec. in leg. in negotiis, in
prin. ff. de reg. juris, Tiraquell. in legib. connubialib. l. 11.
n. 6. Boer. decis. 23. num. 8. Panormit. cons. 58. col. 2.
volum. 1. Corn. cons. 62. col. antepenul. vers. & quod ex
qualitate. & cons. 73. col. 1. vers. Insuper dicit, volu. 1. &
cons. 206. col. fin. vol. 3. Jas. cons. 178. col. 2. vers. Tertiò
quod magis, vol. 2. & cons. 141. col. 5. vol. 4. Curt. Jun.
cons. 304. n. 84 vol. 3. Hippol. Marsil. singul. 380. ubi
dicit, se ex hoc obtinuisse confirmationem testa-
menti cuiusdam, qui asserebatur mente captus,
cum disposuisset, prout plures prudentes solent
disponere, & addit istam esse communem Do-
ctorum sententiam.

Quod autem ad regulas iuris in hoc testamē-
to faciendo adhibitas attinet, certum est & con-
stat ex inspectione testamenti, quod habeat insti-
tutionem heredis, quod † caput & fundamentū 18
est omnis testamenti. §. ante heredis Instit. de legat.
l. 1. ff. de hered. instituen. l. quod per manus ff. de iur. codic.

Etsi verò solennitates in testamento pagano
solenni observandæ, de quib. habetur in textu, &
ibi per Dd. in l. hac consultissima, in prin. & in §. per
nuncupationem. & in l. scimus. C. de testam. & in l. fi. in
fine, C. de codicill. & in l. fi. in fine, C. de donat. mort. caus.
in hoc testamento observatæ non sint, neq; etiā
ob defectum subscriptionis sive subnotationis
testium, ut codicillus solennis sustineri nequeat,
per tradita à Dd. in d. l. fin. in fine. C. de codicill. atque
adeò eiusmodi dispositio solennis non sit, tamen
quia inter liberos facta est, haud minus subsistit,
& pro solenni habēda est, atq; si omnes omninò
solennitates fuissent adhibitæ.

In dispositione enim † paterna inter liberos 19
facta plurima contra iuris communis regulas re-
cepta sunt, eiusq; tantus favor est, ut non solum
libera, nulliq; regulæ obnoxia dicatur, Vasqu. de
success. creat. lib. 2. §. 2. nu. 44. sed etiam maioribus
gaudeat privilegiis, quam testamentum militare
ut docent Castrens. & Jas. in l. hac consultissima. §. ex
imperfecto. C. de testam. idem Jason in authen. novissi-
ma. n. 17. C. de inoffic. testamen. Vasqu. de success. creat.
lib. 3. §. 21. n. 59. Tiraquell. de privileg. piæ caus. privil. 3
in fine, & dispositioni in piam causam, & Dei ho-
norem factæ comparetur, ut apparet ex iis, quæ
latè tradit Tiraquell. in d. tract. privil. 2. 3. & passim.
idemque respondit Wesembec. consil. 90 nu. 17.

Et usque adeò in huiusmodi paterna disposi-
tione omnes iuris civilis solemnitates remissæ
sunt, ut ad terminos iuris naturalis, & gentium
redacta dicatur. Ita tradunt gl. Bart. & Doctores,
in d. § ex imperfecto, num. 2. & ibid. Jas. nu. 6 & Natta
num. 151. Tiraquell. in d. tract. privil. 21. in fin. Vasq.
de success. resolut. lib. 1. § 3. num. 15 & seq. Natt. consil.
423. num. 4. volu. 3. Andr. Gail. 2. obs. pract. 112. nu. 2.
& 6. atque sufficit qualiscunq; testatio, & ut de
voluntate paterna constet, quoquo modo per
tex. in l. fin. C. famil. erciscund. & in l. Divus ff. de testa-
ment. milit. Vasquius d. lib. 3. §. 24 num. 21. & de suc-
cess. resolut. lib. 1. §. 1 num. 36. & 37 Jul. Clar. in §. testa-
mentum, quæst. 8. in princip. Menoch. cons. 42. num. 2.
lib. 1. Tiber. Decian. cons. 46. n. 157. vol. 2. Wesembec. d.
cons. 90. n. 20. in fine.

Hinc est, ut testamentum † patris coram duo- 20
bus testib. duntaxat factum inter liberos valeat,
ut notant Do. in d. §. ex imperfecto. quod nō solum
in testamento in scriptis confecto, sed etiam in
nuncupato procedere communiter, ibidem do-
cent Interpretes, & communem esse respondit
Alexand. cons. 105. vol. 3. & cons. 176. num. 9. volum. 5
magisq; communem dicit Gail d. observat. 112. n. 4.
tamesi † ne testium quidē interventus in test a- 21
mēto inter liberos usq; adeò sit necessarius, sed

sufficiat voluntatem manu patris in schedula quapiam conscriptam, ut sustineatur, ut est communis Dd. assertio, *in authent. quod sine. C. de testamen. & in authen. de testamen. imperfecto.* Communem dicunt Alexand. *consil.* 114. *volum.* 7. Jas. *consil.* 57. *volum.* 2. Soarez *in thesauro commun. opin. lit. T. num.* 47. & pluribus persequitur Duran. *de arte testandi, sub tit. de testamen. ordin. caut.* 2. *in fin.* & Hartman. Pistor. 1. *quæst.* 1. *num.* 4. *& sequentibus*, quemadmodum etiam huic scripturæ creditur inter liberos per patrem scriptæ, licet lecta non fuerit, nec publicata, *Bartol. in l. si is qui. num.* 4. *ff. qui testamen. facer. poss.* quam Bartoli sententiam in practica servari testatur ibidem Aretin. *col.* 2. *post mediũ*, eamq; conclusionem Imol. ibid. ampliat, etiamsi sit imperfecta ratione voluntatis, quia sustineatur eorum respectu, quę verosimiliter erant perfecta.

Accedit ad confirmationem huius testamenti, quod ei expressè adiecta est clausula codicil-
21 laris, cuius effectus hic est, † quod omnem defectũ suppleat, testamentum omni meliore modo valere faciat, ut si non sustinetur iure testamenti, sustineatur saltem iure codicilli, *l. posthumus. §. fin. ff. de iniust. irrit. rupt. leg. si quis priore ff. ad Senatuscons. Trebell. §. sed etsi quis. Instit. quib. mod. testam. infirmen. Ruin. cons.* 2. *in fine, & consil.* 16. *n.* 1. *vol.* 2. *& consi* 12. *n.* 14. *&* 15. *vol.* 3. quæ clausula in casu proposito cò
23 magis operabitur, quod expressa est, cum † etiam nõ expressa, inesse tamen testamento inter liberos facto censeatur, *gl. in l. coheredi. §. cum filia. verb. non valuit. ff. de vulg. & pupill. substit. & in l. filii. verb. testato. C. famil. ercifcund. Bald. in l. si iure. C. de testam. manumiss. Alex. & Jas. in d. § ex imperfecto. Idem Jas. in l. fin. C. de codicill. But. & Imol. in c. Raynutius, de testã. & ibid Guiliel. Benedict. n.* 82. *Alexan. consil.* 105. *nu.* 6. *volum.* 7. *Grat. cons.* 112. *nu.* 28. *volu.* 2. *Socin. Jun. cons.* 144. *nu.* 36. *vol.* 2. *Vasqu. de success. creat. §.* 21. *n.* 65. *& de success. progress. §.* 30. *nu.* 43. *&* 45. *Joseph. Ludovic. decis. Perus.* 2. *nu.* 31. *Wesemb. cons.* 29. *nu.* 46. *& d. consil.* 90. *nu.* 11. *Kirchov. d. cons.* 26. *n.* 46. *Mich. Graff. in §. testamentum, quæst.* 11. *in fine.*

Et verò cùm solemnitates cæteroquin requisitæ ex ipsa lege remittantur, testamentum inter liberos conditum, ut maximè si conferatur cum testamentis aliis, in quibus illæ remissæ nõ sunt, imperfectum & minus solemne sit atq; dicatur
24 in suo tamen genere perfectũ † & solemne existimatur, ita omnes tradere *in l. si non speciali. C. de testam.* respondit Tib. Decian. *cons.* 11. *n.* 147. *vol.* 1. ubi allegat etiam Bart. *in d. l. si quæramus*, & Bald. *in auth. defuncto, in fin. C. ad Senatuscons. Tertyll.* & post hos Vasqu. *lib.* 3. *§.* 21. *limit.* 6. *&* 7. *num.* 48. ubi ait, neque ad rem pertinet, quòd id testamentũ imperfectum appelletur, quia imperfectum dicitur in genere, & inspecta communi forma, tamẽ in sua specie, vel individuo perfectũ est & valet.
25 Quemadmodum etiam † alias omne testamẽtum validum atq; solemne præsumitur, *gl. in l.* 1. *C. de fideicomm. & in l. si post divisionem, & ibid. Bartol. C. de iur. & fact. ignor. Alexand. in rubr. ff. de oper. novi nunciat. n.* 43. *Bartol. in l. si scriptum. C. de probat.* maximè ubi non est extrinsecus vitiatum, vel aliqua in parte corruptum, *l. fin. ubi omnes. C. de edict. Divi Adrian. tollend. Ripa in l. si quis ita. nu.* 18. *ff. de verb. oblig. Dec. in l. ex hu nu.* 6. *de testam. milit. & cons.* 324. *n.* 3. *Alciat. in tract. de præsump. reg.* 3. *præsum.* 35. Atq; hoc generale est in quocunq; † actu ut valeat potius, 26
quàm ut pereat, *d. l. quoties. ff. de reb. dub. l. quoties. ff. de verb. oblig. l. quoties. ff. de reg. iur. c. Abbate. de verb. signific. Cravet. cons.* 52. *per totũ*, unde † præsumptio, 27
quæ facit valere actũ, uti regina cæteris præfertur, *Dec. in c. quoniã Abbas, n.* 16. *de off. delegat. & in l. in contrahenda, nu.* 13. *ff. de reg. iur. & in l. si donatione. n.* 12. *C. de collat. Alciat. d. reg.* 3. *præsumpt.* 34.

Quam ob causam vulgò traditũ est, ut si quædã videantur testamento favere, quædam contradicere, prævaleant ea, quæ favent, & in dubio † po- 28
tius pro testamento, quàm contra illud judicandum & pronunciandum sit, *per text. in l. si pars, in princip. ff. de inoffic. testam. l. in ambiguis, ff. de reg. iur. l. sunt personæ. ff. de relig. & sumpt. funer. c. fin. de sentent. & re iudic. Nevizan. Sylv. nupt. lib.* 6. *n.* 18. *& seq. Ripa in tract. de peste sub tit. de privileg. ultim. volunt. nu.* 13. *Franc. Mantic. de coniectur. ult. volunt. lib.* 2. *cap.* 15. *n.* 1. *Jas. cons.* 8 *col.* 4. *in princ. & cons.* 13 *ad finem. volu.* 3. *& cons.* 112. *nu.* 1. *vol.* 4. *Curt. Jun. cons.* 336. *n.* 15. *&* 16. *vol.* 3 *Socin. Jun. cons.* 179. *n.* 15. *vol.* 1. *ubi dicit singularem opinionem, quæ sit pro testamento sequendam esse, Cephal. cons.* 408. *nu.* 64. *lib.* 3. *Alciat. de præsumpt. reg.* 1. *præsump.* 40. *n.* 2. *Wesembec. d. consil.* 90. *n.* 18. ideoq; semper faciendam esse interpretationem per quam testamentum sustineatur, textus est *in l. cancellaverat, in fin. ff. de his quæ in testament. delent. & in l. si quis heredem, in fine, C. de inst. & substit. & in l. errore, C. de testament*, ne propter subtilitatem vel inanem observantiam judicia testantium defraudentur, & irrita reddantur, *l. quoniam indignũ, C. de instit. & substitut. l. cum antiquitas. C. de testamen. Mantic. latè d. l.* 2. *num.* 2. & 3.

Hinc est, ut cum pro † testamento, & ad eius 29
favorem præsumptiones existunt, onus probandi in contradictorem transferatur, *l. generaliter. §. si petitũ in fine, ff. de fideicommiss. libert. Dec. cons.* 400. *col.* 3. *vers. & ratio manifesta. & consil.* 597. *n.* 4. etiãsi deberet probare negativam, *Dec. in c. novit. de re jud.* eoq; casu contra eum, pro quo lex præsumit arctior perfectiorq; probatio requiritur, *Alexan & Jas. in l. si extraneus. ff. de condict. caus. dat. caus. non secut. Dec. cons.* 175. *col.* 5. *n.* 5. *& cons.* 177. *col.* 2. *in pr. & cons.* 438. *in prin.* ideòq; ubi probationes in reprobando testamento sunt dubię, stari instrumẽto testamenti favore ultimæ voluntatis respondit Sylvã. *cons.* 54. *n.* 7. *in fin.* quẽ refert & sequitur Burs. *cons.* 311. *nu.* 47. *lib.* 3. & difficilius testamenta quàm cætera instrumenta reprobari, responderunt Cur. Sen. *cons.* 55. *n.* 25. eumq; secutus Bursat. *d. cons.* 321. *nu.* 36.

Præterea tantò minus de solemnitatibus hoc casu curandũ esse videtur, quoniã ex testamento P. de voluntate eius satis superq; constat, quàm nõ minus † ex testamento nullo atque ex valido 30
ꝓbari textus est, *in l. fin. ff. de reb. eor. & in l. etsi transferã. & in l. legatũ, sub conditione. § fin. ff. de adim. legat.* Bald. *in l. Spadonẽ ff de excusat tutor.* Bartol. *in l. gerit. col.* 3. *ff. de acquir. vel omitten. hered. & in l. in testamento ff. de fideicomm. libert.* Alexand. *cons.* 45. *n.* 7. *vol.* 1. Curt. Jun. *consil.* 71. *num.* 4. *vol.* 1. sicuti etiam ex privata scriptura testatoris declaratur, qualis fuerit volũtas testatoris in testamento, ut notat Bart. *in l. alimenta. in prin. ff. de alimen. & cibar. legat.* refert & sequitur Tib. Decian. *cons.* 3. *nu.* 36. *volum.* 1.

Atqui

31 Atqui † cum de voluntate testatoris constat ex testamento, quamvis imperfecto inter liberos condito, omnia, quæ eo continentur, servari debere, perinde ac si testamentũ omnibus suis partibus constaret, receptissimam esse Doctor. opinionem, affirmant Curt. jun. *in d. §. ex imperfecto. nu. 2* Eman. à Costa *in d. l. Gallus. §. & quid si tantum. part. 1. nu. 467.* Clar. *in d. §. testamentum. quæst. 8. num. 1.* si modo solennitatum duntaxat ratione imperfectum sit, non etiam voluntatis, quod communiter asserunt Alex. *consil. 76. nu. 14. vol. 3.* Socin. jun. *consil. 147. nu. 30. vol. 2.* Cephal. *consil. 99. nu. 1. lib. 1.* Clar. *in d. §. testamentum. quæst. 9. versic. penult.* Fr. Vivius *lib. 1. opin. 410.* Gayl. *d. obser. 112. nu. 14.* Mynsing. *cent. 5. obser. 28.* Diaz. *regul. 730.*

Præsertim si voluntas sit justa atq; legibus consentanea, cujusmodi voluntatem P. testamento suo expressam esse videtur, negari non posse. Ju-
32 ris enim est indubitati, quod † quilibet rei suæ moderator sit & arbiter, *l. in re mandata. C. mand. l. 2. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt. l. per provincias. C. de ædific. privat. c. de iis. de sepultur.* etiam in abutendo, *l. sed si lege. §. consuluit. ff. de petit. hered.* quem textum ad hoc singularem dicit Jas. *in l. more. col. 5. ff. de jurisdict. omn. judic. & in l. fin. C. qui testam. fac. poss.* & iniquum est hominibus ingenuis non esse liberam rerum suarum administrationem, dicit text. *in l. 2. ff. si a parent. quis manumiss.* Bald. *in proœm. ff. col. penult. versic. juxta hoc quæro.* Castrens. *consil. 125. vol. 2.* Dec. *consil. 51. nu. 7. & consil. 52. nu. 2. & consil. 419. nu. 3.* sicuti è contrario justum est unicuiq; sua committere, *l. nemo exterus. C. de Iudæis.*

Atq; ex illa juris regula arguunt Doctores, do-
33 minii id esse proprium, ut † quis rem alienare, atque de ea pro libitu disponere possit, *Bart. in l. si quis. § differentia. num. 4. ff. de acquir. vel amitt. possess.* Bald. *in l. fœminæ. § illud. C. de secund. nupt.* Socin. *consil. 72. col. fin. & consil. 107. nu. 34. vol. 3.*

34 Cæterum, † alienationem & dispositionem hujusmodi non inter vivos tantum, sed in quacunq; ultima voluntate fieri posse, diserte affirmat Bald. *in d. l. fœminæ.* ubi ait: Et testandi quem voluerit, liberam habeat facultatem, scilicet & inter vivos alienandi, tanquam rem propriam, ad quod est text. *in l. 1. C. de sacros. Eccles.* ubi dicitur, quod nihil sit, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus & licitum, quod iterum non redit arbitrium. Et Justinianus *in d. §. disponat.* disponat, inquit, & erit lex, facit *l. 1. ff. qui testam. face. poss. l. 1. ff. ad leg. Falcid.* idq; publicæ utilitati convenire docet Guiliel. Benedict. *in d. c. Raynutius. part. 1. verb. testamentum. num. 6. per l. 1. ff. solut. matri. & l. defunctus. C. arbitr. tutel.*

Tanto facilius autem alienationes aliæq; dispositiones in ultimis voluntatibus, quam inter
35 vivos permittuntur, quanto † ultimæ voluntates actibus, qui inter vivos fiunt, sunt favorabiliores, *argum. § fin. Instit. qui & ex quib. caus. l. in testamentis. ff. de regul. jur. c. dilectus. de donat.* Bursat. *consil. 30. num. 57. lib. 1.* Wesemb. *consil. 50. num. 18. cum similib.*

36 Quocirca † testandi facultas extendi non restringi debet, *textus est in l. cum duobus. §. idem respondit. ff. pro socio. & in l. final. ubi Doctores, Cod. de pactis.*

Quemadmodum autem quis de rebus ipsis testandi habet facultatem, ita † etiam quodvis o-
nus rebus suis in testamento imponere potest, 37
Bart. in repetit. auth. ingressi. C. de sacros. Eccles. & in d. l. si ita quis. §. ea lege. num. 9. & ibid Jas. num 35. Idem Jason in l. filiusfamilias. §. Divi. lect. 1. num. 43. ff. de legat. 1. ipsisq; adjicere conditionem pro libitu, *l. in conditionibus primum locum. ff. de condit. & demonstr. l. cum quæstio. C. de legat.*

Atq; hoc in tantum verum est, ut procedat etiam contra causam piam. Nam † potest testator 38
facere, ne res sua ad piam causam deveniat, *c. verum. de condit. appos.* Ita etiam dicimus, conditionem bonis suis à testatore adjici posse, ne alienentur in Ecclesiam, ut notatur *in l. fin. C. de jur. emphyt.* & scribit Ripa *in l. ex facto. §. si quis rogatus. el 1. num. 38. versic. quarto facit. ff. ad senatusc. Trebellia. & in l. final. quæst. 52. C. de revocand. donat.* quinimo generalis prohibitio de non alienando rem, includit etiam Ecclesiam, ne in eam fieri possit alienatio, *Roman. in auth. similiter. speciali 15. C. ad leg. Falcid. Tiraquell. de privileg. piæ causæ. privileg. 130. ad finem.*

Ita vero ad speciem propius accedendo pater
de † bonis suis disponere potest pro arbitrio, 39
dummodo liberis legitimam suam relinquat, *l. parentibus. C. de inoffic. testam. & notatur in auth. novissima. C. eod. Joan. de Anan. consil. 29. dub. 4. Castrens. consil. 35. volum. 1. Paris. consil. 93. num. 4. volum. 2. Cephal. consil. 117. num. 6. lib. 1.* ubi dicit, quod pater præjudicare possit liberis suis legitimis & naturalibus ultra legitimam, quod cum verum sit, si dispositio fiat inter extraneos & liberos, tum vero multo magis procedet, si dispositio fiat inter liberos tantum, *per d. §. ex imperfecto. l. cum quæritur. C. de inoffic. testam. §. 1. auth. de trient. & semiss. §. aliud quoq; capitulum. auth. ut cum de appellat. cognosc. & in princ. auth. ut liceat matri & aviæ.*

Quinimo, † quod in arbitrio patris sit uni ex 40
liberis relinquendi, plus quam alteri, eosque ex portionibus inæqualibus instituendi, salva tamen legitima, notant Castrens. & Jas. *in d. l. parentibus. & in l. hac edictali. C. de secund. nupt.* Bald. *consil. 80. vol. 5.* Alex. *consil. 82. in fin. versic. non obstat. vol. 4.* Dec. *consil. 246. num. 2. & consil. 6. col. 2. num. 4.* ubi dicit, quod mater possit donare totum patrimonium uni filio, reservata aliis legitima, faciunt scripta à Zuchardo *in l. 2 num. 13. C. de pact.* Cravet. *consil. 142. nu. 1. & consil. 256. in princ.* & Andr. Gayl. *d. observat. 112. num. 24.* ad quod facit, quod pater uni filiæ majorem dotem constituere possit, quam alteri, *Ruin. consil. 56. num. 8. vol. 1. Socin. jun. consil. 53. nu. 6. vol. 1. Paris. consil. 106. nu. 46. vol. 1. Alciat. de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 7. nu. 3.*

Et in specie, quod pater plus possit relinquere filiis secundi matrimonii in præjudicium filiorum primi matrimonii, reservata illis legitima, responderunt Castrens. *consil. 150. col. 3. vol. 2.* Dec. *consil. 246. col. 2.* Ruin. *consil. 112. nu. 8. vol. 1.* Cravett. *consil. 40. col. fin. & consil. 193.* Paris. *consil. 92. col. penult. versic. prout etiam filii. vol. 3,* Duran. *de legat. cautel. 65.* Jas. *in auth. unde si parens. nu. 4. C. de inoffic. testam.*

Idq; † non tantum procedit in testamento so- 41
lenni, sed etiam in testamento imperfecto inter liberos facto, quod valere, etiamsi ex inæqualibus partibus liberi sint instituti, videtur probari

per textus *in d.l.filii.& d.l.fin. C famil ercisc. & in d. l.parentibus.& in l.si filia.§.si pater.& in l.quæ pater.ff. famil ercisc.& in auth.de testam.imperfect.* atq; id docendo tradunt Bald.*in d.l.filii.versic.quinto quæro.& ibid.* Salicet. *col.fin.* Castrens. *in auth.quæ inter liberos.versic.sed quæro ponamus, quod pater. C.de testam.* Dec.*in l.ut liberis.nu 3 C.de collat.* Guil.Benedict.*in d.c.Raynutius.verb.testamentum.nu.72.*Castrens.Riminald. Corne. & Jas.*in d.§.ex imperfecto.* & consulendo amplexi sunt Alex.*consil.146.col fin nu.15. vol.2.*Cuman.*consil.113 versic pro parte vero affirmativa.*Socin.*consil.24.vol.3.*Natt.*consil.622.vol.3.*Paris. *consil.34.nu.50.& seq.vol.2.* eandemq; sententiam communiter approbatam respondit Socin.*consil. 189.nu.87.vol.2.* & tanquam communem tenendam scribit Vasqu.*d.§.21.limit.6.& 7.num.67.* & hanc sententiam, quod privilegium parentibus concessum etiam tunc locum habeat, quando liberi inæqualiter instituti sunt, non attento, utrum inæqualitas illa in magna vel parva quantitate consistat, & juris rationibus magis esse consentaneam,& plurimorum rationibus subnixam affirmat Hart.Pistor.*d quæst.1.num.11.*

Quæ omnia hoc casu, quo Dominus testator divisionem fecit inter liberos, magis confirmantur per illam juris theoricam, qua dicitur, quod
42 divisio † à testatore inter liberos facta ad unguē servanda sit, etiamsi non fuisset facta in testamento solenni, sed in privata tantum scriptura, textus est *in §.fin.auth.de testam.imperfect.*& notant omnes *in auth.quod sine C de testam.*quinimo divisio, quocunque modo etiam sine scriptura facta, servanda est, quia habet vim supremi judicii, & non contractus seu donationis inter vivos, secundum textum,ubi id notant omnes *in l.si pater. C.de testam.* in quibus divisionibus pater potest uni meliorem portionem assignare, quam alteri, & uni onera imponere,alteri non, *l.si uni.in princ. & §.Papinianus.ff.famil.ercisc. Alex.in l ex parte § fin. ubi & alii ff eod & consil 77 volum.3.* & in terminis tradunt Bart.Bald. Castrens. & cæteri omnes *in l. quoties C famil ercisc.* quod si testator in testamento filios heredes æqualiter instituat, & postea inter eos distributionem bonorum faciat inæqualem, quod talis distributio sit servanda, non obstante, quod prius fuissent æqualiter instituti, quia distributio & divisio illa habeat vim prælegatorum, quæ servanda sunt, *l ex facto ff.de hered. instit.l.qui filiabus.§ fin.& l.seq.ff.de legat.1.*

Quibus omnibus consequens est, ut videatur dicendum esse, P. testatoris ultimam voluntatem ita jure esse validam, ut nullo modo à Dn. E. expresse, & quidem in summa 35000. florenorum herede instituto impugnari possit aut debeat.

43 Qui † enim facit actum, permittente vel lege scripta, vel more & consuetudine patriæ non meretur pœnam, *juxta l. Gracchus. C.ad leg.Julian. de adulter.Socin.jun.consil.108.num.6 volum 3 Tiraquell.in tractat.de pœn.leg.causa 1.nu.5.& 6.* & consequenter dispositio ejus non debet annullari, cum actus annullatio sit pœna, *l.Senatus.ff.de contrahend.empt. Ruin. consil.70. num.3. vol.1. Vant. in tractat.de nullitat.part.1.num.15.*

Neque præsumitur, quod Dn. P. coactus me-
44 tu vel inductus dolo ita disposuerit, quia † metus & dolus tanquam delicta non præsumuntur, *l.non est verosimile. ff.de eo quod met.causa.l.metum.C. eod.l.dolum.C de dol.l.quoties.§.qui dolo.ff.de probat.*& in specie, quod † testamentum non præsumatur 45
metu conditum, respondit Bald. *consil.350.col.2. versic.dico quod.vol.3.* quem secutus est Mantica *d. lib.2.tit.7.num.2.* & quod etiam non præsumatur factum dolo, responderunt Socin.jun.*consil.113. num 8. vol.3.* Paris. *consil.67.num.119.vol.3.* Tiber. Decian.*consil.65.nu.10.vol.2.*Mantic.*d.tit.7.nu.1.*

Non etiam locum habet querela inofficiosi, quia Dn. E. non est exheredatus, sed expresse institutus, nec actio ad supplementum legitimæ competit, quia 35000. floreni computati ad 350000. florenos, sive connumerentur filiæ testatoris, sive non connumerentur, aliquot millibus legitimam excedunt. Cum enim † filio legi- 46
tima institutionis titulo relicta est, querela inofficiosi cessat,sin minus legitima,& tum cessat,sed actionem habet ad supplementum ejus, *l. omnimodo.& seqq.C.de inoffic.testa.§ sed hæc ita Instit.eod.d. §.aliud quoq;.auth.ut cum de appellat.cognosc. Picus in l.in quartam.nu.180.ff.ad leg Falcid.Corne.consil.103. nu.2.vol 3.Alphan.collect.197.communem dicit,in thes. comm.opin.Villalob.sub lit.L.nu 60.in princ.Vivius lib. 2.verb.filio supplementum.in princip. Vasq.lib.3.illustr. controvers.cap.106.nu.19. Gomez.lib.1.var.resol.cap.11. nu.23. Didac.Covarr.in d.c.Raynutius.§.1.nu.7.versic. quod si filius Mich.Graff.lib.1.cap.4 quæst.19.*

Quo pertinet, quod † dicitur, jus dicendi te- 47
stamentum nullum hodie cessare, si filius in re quamvis minima instituatur, sed competere illi tantum jus ad supplementum, *Castrens.in l.1.& in l.si non mortu.ff.de inoffic.test.Bart.& Bald.in d auth. novissima.gl.in l.3.§.sed verum in verb patrimonium.in fin. ff.de minor.* quæ dicit filium in duobus tantum nummis institui posse, ut sustineatur testamentum: atq; hoc in testamento etiam inter liberos facto procedere, tradunt M.Ant.Cucch *in tract. de legit.vers.quoquo relicti titulo.n.3.& 4.Jas.in auth. ex causa nu.55.& ibid* Cagnol.*nu.71.& seq.C de lib. præt.*Chassan.*in consuet Burgund de success.rubric.7 §. 2.nu.18.*Gomez.*d.c.11.versic item quæro an filius.*

Verum circumstantiis hujus negotii accuratius examinatis & ponderatis, facti supra positi veritate stante, testamentum Dn. P. de jure non subsistere, sed invalidum esse, atque adeo impugnari posse arbitror, quod ut censeam, multa sunt, quæ me movent.

Et primo quidem juris est expediti,quod † in 48
eo, qui testatur, mentis integritas & sanitas ante omnia desideretur, utpote, qua deficiente, ipsa etiam dispositio,quomodocunque facta sit,deficiat,atq; adeo testamentū nullum sit, *text est in §. præterea. Instit.quib.non est permiss fac.testam.l.2.l.in adversa.l filiusfam.§ furiosus.ff.qui testam fac.poss.l.1.§. exigit.ff.de bonor.possess.secund tab. Capra in thes.commun.opin.lit.F.nu.11.& lit.T.nu.10 Duen.regul.403.* idque in tantum procedit, † ut etiamsi furiosus 49
in cæteris secundum juris communis regulas disposuerit,testamentum tamen propterea non valeat, ut communiter tradunt Doctores *in d. l.furiosum.* & ratio ipsa suadet ex ordine, *in d. l.si quæramus.* posito, in qua, si quæstio incidat de testamento, an valeat, dicitur, inprimis animadvertendum esse, an is, qui testamentum fecit, testamenti

menti factionem habuerit, & deinde si habuerit, requirendum, an secundum regulas juris civilis testatus sit, cujus argumenti ab ordine ducti frequentem esse usum, non in judiciis duntaxat & contractibus, sed etiam in ultimis voluntatibus & testamentis multis ostendit & confirmat Nicolaus Everhard. *in loco ab ordine per discursum.*

Quod jus optima illa ratione subnixum est,
50 quod † testamentum debet esse voluntatis testantis, justa sententia de eo, quod post mortem suam fieri velit, *l.1. ff. qui testam. fac. poss.* quam voluntatem eum, qui furiosus aut mente captus est, non habere, extra controversiam est, & probatur expresse textu *in l. furiosi. ff. de regul. jur. l. si tibi. § unius hominis. ff. de opt. vel elect. legat. l. 2. C. de con-*
51 *trahend. empt.* cum † absentis loco habeatur, *l. ubi non voce. in fin. ff. de regul. jur. l. 2. § furiosus. ff. de jure codicill.* nec ullum negotium aliud contrahere recte possit, *l. in negotiis. ff. de regul. jur.* & quod de furioso affirmatur, idem affirmandum est de
52 mente capto, cum † ex juris dispositione furiosus & mente captus à pari procedant, *§ consideremus. auth. ut hi qui oblig. se hab. § 1. Instit. de curator. l. 2. & ibi Bald. C. de curator. furios. c. sicut tenor. de regul. jur. Jas. in l. patre furioso. num. 3 ff. de his qui sui vel alieni juris sunt. Alciat. in l. 1. num. 59 ff. de verb. oblig. Joan. de Imol. in l. ex facto. col. 13. ff. de vulgar. & pupill. substit. Menoch. consil. 82 nu 196. & colligitur ex l de mentis. C. de Episcop. audient. & l. fatuo. ff. de privil. cred. cum simil. lib.*
53 & in specie † de mente capto, quod testari non possit, communiter tradunt Doctor. *in d. l. furiosum. & est text. in l. in adversa. ff. qui testam. fac. poss.* &
54 ob eandem rationē prodigus † etiam testari prohibetur, utpote qui furioso comparatur, *§. item prodigus. Instit. quibus non est permiss. facere testam. l. is cui lege. ff. qui testam. fac. poss.* ac ne ad causas quidem pias, *Bart. in l. is cui bonis. ff. de verb. obligat. & ibid. Jas. nu. 14. & Ripa nu. 39. & 40. Alex. consil. 182. vol. 5.*

Tantopere autem judicium & prudentia in testamento faciendo requiruntur, atque cum illa deficiunt, testamentum ex eo defectu nullum
55 redditur, ut † cum alias ea, quæ nulla sunt, ex rescripto principis valeant, furiosus tamē vel mente captus, ne ex rescripto quidem principis ad faciendum testamentum habilitari possit, *Innoc. in c. si scitatus. de rescript. Bald. in l. bonorum. 2. quæst. 6. C. qui admitt. Dec. in l. fœmina. § item impuberes. ff. de regul. jur.* nec statuto introduci queat, ut furiosus aut mente captus testetur, cum legis potentia resistat, *argum. l. nemo potest. ff. de legat. 1. Joan. Crot. in repetit. l. omnes populi. col. 2. ff. de justit. & jur. Mazoll. consil. 12. num. 17. vol. 1.*

Quod si nunc quæratur ex præscripto *d. l. si quæramus.* an Dn. P. testamenti factionem habuerit, respondebitur ex supra deductis, quod non habuerit, atque adeo testamentum ab ipso factum nullum sit, quoniam in facto præsupponitur, ut notorium Dn. P. ab eo tempore, quo apoplexia correptus fuit, nec loquelæ, nec mentis satis recte fuisse compotem, quod si ita est, ut quidquam ejus probetur, amplius necesse non est, sed
56 allegare sufficit. Notorium † enim, etiamsi ab onere proponendi non relevet, per multa allegata ab Andr. Gayl. *2. observat. pract. 31. in fin. & observat. 46. num. 21.* relevat tamen ab onere probandi, *text. est in c. super eo. de testib. cogend. & ibid. gl. in verb. non requirunt. Guid. Pap. decis. 221. nu. 3. Capell. Tholoss. quæst. 441. nu. 2. Schenck. Baro in viridar. juar. conclus. lib. 1. conclus. 55. Mynsing. cent. 6. obser. 3. num. 4. & infiniti alii relati à Mascard. de probat. conclus. 1107. & 1108. vol. 2. per discursum.* nec dubium est, † quin 57
is, qui publice & communiter pro mente capto habetur, talis etiam sit, *per tradita ab Alexand. consil. 54. vol. 1. & consil. 92. vol. 4. versic. præterea. vol. 5. qui allegat l. de minore. § tormenta. ff. de quæstio.*

Et vero præter hoc notorium conjecturæ & præsumptiones sunt complures, ex quibus Dn. P. tempore testamenti conditi non omnino integræ mentis fuisse argui potest, quas ad probandum hoc sufficere docent Panormit. & alii *in d. l. furiosum.* Bartol. *in l. siquidem. ff. solut. matrim.* Panormit. *in c. fin. de success. ab intestat.* Paris. *consil. 60. volum. 2.*

Cum enim extra omnem controversiam positum sit Domino testatori per apoplexiam, qua paulo ante hoc testamentum conditum correptus fuit, omnem usum & loquelæ & mentis ademptum fuisse, in eodem statu & conditione etiam tum, † cum testamentum fecit, fuisse præsumitur, nisi contrarium probetur, *Alex. consil. 10. vol 6. Socin consil. 42. vol. 1. Aretin. in l. qui testamento. § nec furiosus. ff. qui testam facer. poss. ubi dicit, omnes Canonistas ita sentire in d. c. fin. Corne. consil. 85. in princip. vol 2.* dicens, id aperte fuisse decisum, secundum gl. *in c. indicas. 3. quæst. 9.* adducendo alia notata itidem per gl. *in d. c. fin.* ibidemq; testatur, omnes hoc pro claro tenere, & post hos omnes Mazoll. *consil. 12. num. 32.* Facit quod dicitur † de 59
præterito præsumi in præsens, *l. non ignorarit. C. ad exhibend. Castrens. in l. ex persona nu. 5. C. de probat.* quia quilibet in eo statu mansisse præsumitur, in quo ante fuit, *l. si cui. § iisdem. ff. de accusat. l non omnes. § à barbaris. ff. de re milit. l final. juncta gloss. ff. de quæstio.*

Sane † est morbus apoplecticus, ex medicorum sententia ita comparatus, ut natura sua non 60
morbum duntaxat corporis, sed alienationem etiam mentis & intellectus inducat, ut ex Hippocratis aliorumq; medicorum autoritatibus affirmat Mazoll. *d. consil. 12. nu. 39.* ideoq; consulunt, non immerito Jurisconsulti morbum gravem lethalemve expectandum non esse ad hoc, ut condatur testamentum, quoniam ejusmodi morbo correpti mortuis comparentur, *Bald. in l. non solum. in fine princip. C. de bon. quæ liber. Bursat. d. consil. 226. num. 68.* ubi dicit, legibus Teutonum artic. 65. adversam corporis valetudinem faciendi testamenti facultatem auferre.

Huic morbo conjuncta senectus, quæ † per se 61
ipsam morbus dicitur à Comico, & ut M. Tullius Cicero *in Orat.* de Q. Mutio loquens dicit: Et ille senectutis morbus non equidem incidens est, & transiens, præsumptionē suprapositam firmiorem facit, præsertim, quod à nostris Senes connumerentur inter valetudinarios, ut à Panor. *in c. magnæ. col. 1. de vot.* dum docuit, statutum loquens de infirmis locū etiam habere in senibus, & probat *c. 1. § fin autem Episcopus. de cleric. ægrotant. in 6.* ubi dispositum in Episcopo ægrotante, ut possit coadjutorem impetrare, statutum etiam est in Episcopo senio ægrotante, quod idem respondit Paris.

Parisf. *consil.29 num 68 volum.2.* ut non sine causa Bursat. *d.consil.226.num.74.* dixerit, sanius consiliũ esse testari, dum homo in bona valetudine & virili ætate maturam ac ordinatam dispositionem condere potest, minime vero cum humana fragilitas ætate vel infirmitate turbata hominem mentis compotem esse impedit, *argum. l. hac consultissima. §. at cum humana. C. qui testam fac. poss. l jubemus. l. quoniam indignum. C. de testam.* Deficiente enim calore & corpore deficit intellectus, & sine intellectu corpus non agit, secundũ Aristotelem allegatum à Bald. *in l. fin. in princ. C. de bon. quæ liber.*

61 Nec minus † mentis testatoris non admodum sanæ atque integræ præsumptionem faciet, si à consanguineis aliisq;, qui cum ipso familiariter conversari soliti sunt, pro mente capto habitus fuit, *arg. l. Octavi. ff. unde cognat. l. de tutela. C. de in integr. restitut. minor. Bart. in §. item furiosi. Instit. quib. non est permiss. face. testam. ad quod facit text. in l. si furioso. in princ. ff. de curat furios. Dec. consil. 448. Corne. consil. 21. vol. 2.*

Quod si etiam ex qualitate actus dignosci potest, an testator satis integræ atque sanæ mentis fuerit, prout dignosci posse, docent Bart. *in tract. de testib. §. opposita prudentiæ. in princ.* Bald. *in d. l. furiosum.* Alex. *consil. 10. vol. 6.* Mazoll. *d. consil. 12. nu. 7.* erunt utique hoc etiam casu, ex quibus idem de Dn. P. verosimiliter colligi possit, siquidem id fecit, quod de jure nec fieri debuit, nec fieri consuevit.

Nam primum totum, & omne id, quod filio reliquit, atque adeo etiam legitimam fideicommisso atque oneribus aliis gravavit, quod fieri de

63 jure nec debuit, nec potuit. Pater † enim non potest filio in legitima præjudicare, *d. l. omnimodo. d. l. quoniam in prioribus. § cæterum. auth. ut cum de appellat. cognosc. Castrens. in l. precibus. col. fin. in princ. C. de impub. & aliis substit* ideoq; nullum ei apponere potest onus, sed immunem ab omni gravamine relinquere debet, ut per allegatas leges tradunt Doctor. *in d. c. Raynutius. & in l. coheredi. § cum filia. ff. de vulg. & pupill.* Bald. *in l. filium quem habentem. col. 10. vers. sed ulterius quæritur. in fin. C. famil erciſc.* Roman. *consil. 185. in princ. & consil. 239.* Angel. *consil. 131.* & in specie, quod in legitima fideicommissum constitui nequeat, docent Jas. *in l. fin. § sed quia. col fin. limit. 7. ff. ad Trebell.* Socin. jun. *in d. l. in quartam. nu. 88. & 89.* ubi ait, quod si filius per fideicommissum post mortem gravatus interim veneat aliqua bona fideicommisso subjecta, emptores sint securi usq; ad dimidium hereditatis, idemq; responderunt Alex. *consil. 84. in fin. vol. 2.* Corn. *consil. 124. nu 27. & consil. 146. nu. 24. vol. 2. & consil. 303. nu. 14. vol 4.* quod ipsum non in legitima tantum, sed in quarta etiam Trebellianica locum habet, *Doctor. in l. filiusfam. §. Divi. & ibi cumprimis Ripa nu. 27. & 28. ff. de legat. 1. Idem Ripa in l. nemo potest. nu. 51. ff. eod. Duran. de arte testand. sub tit. ſ. cautel. 31. lib. 4. Cagnol. in l. Papinianus. §. meminisse. nu. 10. ff. de inoffic. testam. Ruin. consil. 163. nu. 14. vol. 2. & consil. 21. nu. 8. vol. 3. Paris consil. 17. nu. 32. vol. 3. & ita observari dicit Guid. Pap. decis. Gratianop. 51.*

64 Ne † dicas, appositionem oneris & fideicommissi hoc casu à Dn. testatore factam, factam esse ad Dn. E. utilitatẽ, ne scilicet inconsulto portionem suam hereditariam distraheret & dilapidaret, *argum. l. Titio centum. in princ. ff. de condit. & demonst.* quod ipsum satis diserte expressit testator in sua dispositione, cui assertioni patris standum esse docet Picus *in d. l. in quartam. nu. 123. versic. etsi dicatur.* at vero testatorem adjicere posse onus & conditionem, atq; adeo fideicommissum etiam legitimæ & quartæ Trebellianicæ filiorum, si onus illud ad utilitatem & favorem filiorũ fiat, secundum doctrinam Bart. *in d. l. filius matrem. & in l. cum ex filio. ff. de vulg. & pupill. substit.* Soarez. *in d. l. quoniam in prioribus. limit. 1. & ibid.* Vasq. *limit. 1. nu. 406.* Didac. Covarr. *in d. c. Raynutius. §. 2. nu. 2. versic. 2. & 4.* Castrens. *consil. 77. vol. 1.*

Respondetur enim primo negando in favorẽ & utilitatem Dn. E. hoc fideicommissum esse factum, ut tenor dispositionis abunde satis demonstrat, quinimo dedecori ipsi magis est, atq; impedimento maximo ad res honestas capessendas, & cumprimis ad honestum matrimonium contrahendum, ut omnino de eo fideicommisso curandum non sit, per notata à Vasq. *controvers. illustr. cap. 94 per discursum.*

Deinde cum certum non sit, hoc fideicommissum Dn. E. utile esse, sed in incerto adhuc esse possit, in eo dubio ejusmodi fideicommissum & prohibitionem non esse filiis utilem habendam, docuit Bart. *in d. l. filius matrem.* dum ita intelligit, *d. l. quoniam in prioribus.* ex regula *l. si pater puellæ. C. de inoffic. testam.* faciunt notata ab eodem Bart. *in d. l. cum ex filio. num 2. & in l. si pater. nu. 2. C. de instit. & substit.* Jas. *in d. l. filius matrem. nu. 3.* Menoch. *cons. 57. nu. 12. lib. 1.* ubi dicit, quod Bartol. solum concedat prohibitionem valere, cum constat clare esse utilem ipsis filiis, atq; adeo hinc sequatur, non esse verum, quod docuit Picus *d. nu. 123.* esse adhibendam fidem assertioni patris, quia verius sit aliter constare debere: & paulo post *nu. 16. in fin.* Nec est vera, inquit, assertio Pauli Pici *in d. l. in quartam. nu. 123.* quod scilicet credatur patri dicenti, se ita prohibuisse, quia cognoscit filium minus industrium. Nam hæc traditio locum quidem habere posset, quo ad residuũ bonorũ ultra legitimam, non tamen quoad legitimam, quam gravare jure prohibetur, & ideo ei non creditur asserenti, se ex causa gravare, juxta regulam *l. si forte. ff. de castrens. pecul & l. neq; professio. C. de testam.* & scribunt Doctor. *in l. si donatione. C. de codicill.*

Non etiam obstat, quod Dn. P. filio suo Dn. E. plus legitima reliquerit, & quod eo casu legitima gravari potuerit, ut si filius vult residuũ ultra legitimam cogatur etiam agnoscere onus & fideicommissum legitimę impositũ, per ea quæ tradit Bald. *in l. scimus. §. repletionem. quæst 5. C. de inoffic. testam.* Angel. *in l. 2. ff. de acquir. vel amitt. hered.* gl. ubi & Cuman. *in d. l. coheredi. §. cum filia. verb. tenebantur.* Cephal. *consil. 16. nu 56. lib. 1.*

Quia respondetur, quod hoc verum sit, si quis instititutus sit in bonis testatoris omnibus, quod tum non detrahat legitimam sine onere, sed totam hereditatem vel repudiare, vel acceptare teneatur, per ea quæ allegat Anton. Gabr. *commun. conclus. lib. 6. sub tit. de legitima. concl 1. nu. 61. limit. 26.* facit, quod filius gravatus restituere totam hereditatem, censeatur etiam gravatus restituere legitimam & Trebellianicam, *l. Julianus. ff. de leg. 3. l. decem. in fin. ff. de fideicom. libert. Bart. in l. centurio. vers.*

tertio

*tertio principaliter quaro ff.de vulg.& pupill. Rube.con-
fil.43 in fin. Natta confil. 321.num.5.vol.2.*
Deinde non contentus Dn.P. omne quod Dn.
E. reliquit fideicommiſſo, aliisq; oneribus gra-
vaſſe, dedit ipſi annos jam nato 35. & amplius et-
iam curatores, eosq; perpetuos, & in hiſce etiam
novercam, & ſine ulla juſta & legitima cauſa, quę
omnia juri communi & ſtatutis S. ſecundum
quæ tamen teſtari ſibi propoſuerat, ut ex præfa-
tione teſtamenti apparet, adverſantur.
65 Nam primum † curator non poteſt dari in te-
ſtamento, etiam minoribus, nedum majoribus
annis 25. quod aperte cautum eſt jure civili, §. 1.
*Inſtit.de curator. l.1.in fin. ff.de confirmand.tutor. l.2.§.
curatores.ff qui pet.tutor. vel curat.* & eleganter W'e-
ſemb. *in d §.1.num.3.* rationem hanc reddit, quod
pater majori annis 14. jus publicum auferre ne-
queat, nec ei teſtamentum circa curam aut alias
vitæ partes condere in illam ætatem, qua ipſe
jam ſibi illam facere poteſt, cui juri cum nihil de-
rogatum ſit, in der newen verfaſten Reformation/
ſub articulo 51 merito etiam utpote tacite com-
probato ſtandum eſt.
Deinde juri communi non eſt conſentaneum,
quod datus eſt curator Dn. E. annos plus quam
triginta quinque, teſtamenti conditi tempore
nato, ſiquidem maſculi puberes & fœminæ viri-
potentes uſque ad viceſimum quintum annum
completum curatores accipiunt, ait Juſtinianus
Imperator *in princip. Inſtit.de curator.* atque in æta-
te etiam adhuc minori invito non datur, *d §.1.In-
ſtit.de curator.*
66 Tertio, † fœminæ ut à tutelæ, ita etiam à cu-
ratelæ munere regulariter excluſæ ſunt, *l. tutela.
& l.fin.ff.de tutel.l.ſcire.in princip ff.de tutor.dat.l.1.C.
quando mul.tutel.offic.* quod diſerte approbatum
eſt in prædicta reformatione d. articul. 51. § die
Weibs Perſonen ſollen / his verbis. die Weibs-
Perſonen ſollen zu den Gerhabſchafften nicht ge-
laſſen werden.
Quarto, inter cæteros dedit curatricem no-
vercam Dn. E. quod idem non juri ſolum com-
muni adverſatur, ſed etiam prædictæ reforma-
tioni in d. §. die Weibs Perſonen ſollen / his ver-
bis, die Weibs Perſonen ſollen zu den Gerhab-
ſchafften nicht gelaſſen werden / es ſeye dann eine
ehrbare leibliche Mutter der Pupillen / & paulo
poſt, vnd ſollen die Stieffmütter hierin gar auß-
geſchloſſen ſeyn. Et hujus diſpoſitionis ratio ma-
67 nifeſta eſt, quia † noverca præſumitur male af-
fecta in privignos, *l.non eſt enim. ff. de inoffic.teſtam.
l.1. C.in quib. cauſ. ceſſ. long. tempor. præſcript. gloſſ. in
clement.2.de re judicat. Johan.de Garon.in repetit.rubr.
C. de ſecund.nupt.num. 98. qui citat Caſtrenſ. confil.
185.vol. 1. Tiraq.de legib.connubial part.9.gl.1.num.
196.Tiber.Decian.confil.49.nu.2.vol.2.* ubi dicit, le-
ges de noverca male pręſumere, quod etiam non
latuit Poetas, ex quo Virgilius in Bucolicis:
Eſt mihi namq; domi pater, eſt injuſta noverca.
Et alibi:
Pocula ſi quando ſævæ infecere novercæ.
Quo pertinet & illud Ovidii:
Sæviet in partus dira noverca meos.
Et in Metamorphoſi:
Lurida terribiles miſcent aconita novercæ.
68 Unde etiam & illud eſt, quod † liberi apud no-
vercam educari nō debent, *l.1.C.ubi pupill.educar.
deb. Aretin.in l.ſi diſceptetur.ff.eod.Bald.in auth.hoc lo-
cum. C.ſi mulier ſecund. nupſer. in fin. & in l.ſi ea. C.de
condit.inſert.Bellon.confil.31.nu 5.Sylvan.confil.28.nu.
19.Ruin.confil.34.nu.3.vol.2.* etiamſi teſtator id diſ-
poſuerit, quia ad prætoris officium ſpectat, ut à
voluntate patris nonnunquam recedatur, ut ſine
ulla maligna ſuſpicione alatur partus, & educe-
tur, *d.l.1.ff.ubi pupill.educar.deb.*
Quod non abſque ratione eouſq; extendunt
Doctores, ut † filium ne quidem apud matrem, 69
quæ ad ſecundas nuptias tranſivit, educandum
cenſeant, *in d l.1.C.ubi pupil.educ.deb.* quia tum ma-
ter eſt ſuſpecta, & præſumitur majorem habere
affectionem ad maritū novum, quam ad liberos,
ex matrimonio priori procreatos, *gl. & ibid Bart.
in l.lex quæ tutores in 4 C.de adminiſt.tut.Bald.in l.hu-
manitatis C.de impub.& aliis ſubſtit.*
Quamobrem ut maxime Dn. E. curatoribus
ex cauſa aliqua commendari debuiſſet, nō tamen
debuiſſet commendari curatelæ fœminæ, & qui-
dem novercę: ſed ut ullis curatoribus, etiam ma-
ſculis, & quidem in teſtamento prætenſo nomi-
natis commendaretur, nulla omnino cauſa eſt, ut
præter rationes ſupradictas ne ſic quidem ullus
ipſi curator dandus fuerit. Dationem † enim cu- 70
ratoris ex cauſa falſa vel nulla factam jure eſſe in-
validam, tenuerunt gl.Odofr.Cyn.& Alberic. *in
l.ſi putas ff.de petit.hered.* gl. *in l.1.C.quand provoc.ne-
ceſſ non eſt.* Angel.Imol.Alex.Aret.Jaſ. & alii *in l.in
cui bonis.ff.de verb.oblig* ubi Ripa *nu.39 verſic.contra-
riam ſententiam.* dicit hanc eſſe communem, ean-
demq; ſequitur Guid.Pap.*deciſ.Grationopol.169.*
Nam quod pater prodigalitatem Dn.E. in ſuo
teſtamento innuere videtur, ea cum facti ſit, o-
mnino probanda eſt, utpote † quę non pręſumi- 71
tur, *per text.in l.in bello.§ facta ff.de captiv.& poſtlim.
reverſ.l.deniq; ff ex quib.cauſ.major.l.ſi emancipati.C.
de collat.l.2. C.de donat.inter vir.& uxor. c.cum in ju-
re.de offic.deleg c.1 de conſtit.in 6. & complures alios ad-
ductos à Maſcard.de probat vol.2 concluſ.732 num.1.* &
in † ſpecie de prodigalitate, quod non præſuma- 72
tur, ſcribit idem Maſcard. *de probat. concluſ.1234.
num.2.vol 3.*
Etſi vero filius, † quem pater in teſtamento 73
ſuo prodigum nominavit, ex eo prodigus præſu-
matur, ſecundum ea, quæ tradit Alciat. *in tractat.
de præſumpt.reg.1.præſumpt.15. per l.penult.in fin. ff. de
curator.furioſ.* id tamen procedit tum demum, ſi
prodigus nominatus ſit, quod hoc caſu à Dn. P.
factum non eſt, faciunt notata à Dion. Gothofr.
in d. l.penult.in fin. deinde præſumptio iſta non o-
ritur ex ſimplici nominatione ſive appellatione,
ſed ut verba illa ſano conſilio, animoq; delibera-
to, & ab omnibus affectionibus ſiniſtris libero
prolata ſint ad hoc, ut præſumptio iſta indu-
catur, neceſſe eſt, ut ſeipſum declarat Alciat. *d.
præſumpt.15.per text.in l.his verbis. §.1. de hered.inſtit.*
quod refert & ſequitur Maſcard. *d. concluſ.1234.
nu.4.* quod conſilium ſanum, animumq; ab affe-
ctionibus liberum hoc caſu non ſubeſſe ex his,
quæ dicta ſunt, & porro dicentur, manifeſtiſſi-
mum eſt.
Hinc etiam † ad probandum quem prodigum 74
eſſe nō ſufficit, ut teſtes dicant, ſimpliciter illum
prodigum eſſe, ſed requiritur præterea, ut depo-
nant

nant de actibus prodigalitatem importantibus, *Bald.in l.ubi adhuc.num.50.C.de jure dot.& in Auth. quod locum.in fin. C.de collat. Bertrand. consil.222.nu. 3.vol.3.Alexand.consil.72.num.9.vol.1.*

Tanto vero minus assertioni paternæ hoc casu credetur, sed prodigalitatem nõ obstante ulla præsumptione probari liquido necesse erit, quia
75 in † facto præsupponitur, quod Dn. E. non solũ non fecerit ejusmodi, quæ prodigalitatem denotarent, sed multo magis ea, quæ à prudentibus & discretis geri solent, *juxta notata in l. Barbarius.ff.de offic.prætor.Decian.consil.2.nu.17.vol.3. Menoch.d.conclus.1234.nu.14.* ubi addit, quod etiamsi quis fuisset prodigus, tamẽ si per triennium nullũ actum fecisset prodigalitatis, per tantũ tempus censeatur esse emendatus, allegans ad hoc Decia. *d.consil.2.nu.16.* Guid.Pap. *consil.169.* Rip. *in d.l.is cui bonis.* & facit text. *in §. si vero intra triennium. Auth. de monach.* Rebuff.*in tractat. de sentent.provis.gl.4.art.3. num.12.*

76 Ita † nec quælibet alia causa, quæ delictum vel ingratitudinem importet, ex simplici patris assertione probatur, ut responderunt Bald. *consil. 89. nu.5.* Jas. *consil 23.col.2.num.2.versic.an si aliter.vol.1.* Duran. *in tract. de arte testand.tit.3.caut.11.nu.2* quo in loco patri consulit ad probandam filii ingratitudinem, ut vivens pater examinandos curet testes super causis ingratitudinis, ad futuram rei memoriam filio citato, quod fieri potest per doctrinam Bart. *in l. lege Aquilia. ff. ad leg.Aquil.* Alex. *consil 203.col.2 num.7.vol.2.*

77 Quam ob causam jure constitutum est, ut † ingratitudo, sive aliud aliquid in testamento positum, ex quo filii existimatio gravaretur, probetur, *l.omnimodo.C de inoffic.testam.§.in causas.auth ut cum de appellat.cognosc.l.fin.C.de secund.nupt. & auth. heres. C. eod.* & quidẽ probetur ab herede instituto, quod ita diserte sanxit Justinianus *in l.si quis filium. ibi, etsi non heres apertissimis probationibus ostenderit ingratum. C. de inoffic.testam. & in §. aliud quoq; capitulum. ibi, nisi forsan probabuntur ingrati. auth.ut cum de appellat cognosc.* quod Doctor.communiter sequuntur *in d.l.omnimodo.* & probetur argumentis dilucidis, ut loquitur Imper. *in l. fin. ubi etiam Bald.nu.2. & Ripa quæst.57. nu.189.C.de revoc.donat.* sive probationibus liquidis & indubitatis, ut idẽ Imper.constituit *in l.fin.C.de secund.nupt.* & probetur ingratitudo, sive id, quo filii existimatio læditur, non in genere, sed in specie, probando nimirum tempus & locum ingratitudinis, *Alex.d.consil.203.nu.9 vol.2 Socin.sen.consil.105 in fin.vol.3.Jas. in auth.non licet.nu.12. versic.adde etiam.C.de liber. præterit.* eandemq; sententiam multis confirmat Ripa *in d.l.fin.quæst.60.nu.200.C.de revoc.donat.*

Quod si igitur cæteri heredes scripti, quod in genere Dn. P. de Dn. E. innuit, in specie non expresserint, & in specie expressum ita, ut dictũ est, nõ probaverint, alia jam inde exurget conjectura & præsumptio, quod testator eo tempore, quo testatus est, sanæ & integræ mentis non fuerit, neque etiam ut homines sanæ & integræ men-
78 tis solent, disposuerit. Cum enim † parentes filios suos summa benevolentia & amore complecti & prosequi soleant, *l. nam etsi parentibus. ff.de inoffic.testam.l.cum pater. §.mando. ff de legat. 2.l.propter insidias.C.qui accusar.non poss.* & ardentissimum sit parentũ in liberos desiderium, & affectio plena, *gl.in l.Paulo Callimach. §.Pomponius. ff.de legat.3. Bald.in l.mater tua. C.de oper.libert.* nec ullus affectus extraneus amorẽ paternum vincat, *Mascard.de probat. concl.1149 nu.5.vol.3.* & vero in casu proposito Dn.P. filiũ suum Dn.E. ista quasi perpetua macula & infamia asperserit, nemo certe crediderit Dn. P. satis integræ & sanæ mentis testamenti conditi tempore fuisse, cum detrahendo existimationi filii sui vitæ ipsius *per jura in principio hujus consultationis allegata* nõ pepercerit, atq; adeo caritatem naturalem erga filiũ Dn.E.neglexerit, quod qui facit morbũ in cerebro, & rationis defectũ habere, respondit Socin.jun.*consil.59.nu. 13.vol.3.*& ante ipsum docuit Bald *in auth.ex causa. col.7.nu.26. vers.secundo accipio.C.de lib.prat.* dicens, quod qui naturalẽ erga liberos caritatem nõ curat, videtur habere morbũ cerebri & defectũ rationis, refert & sequitur Mascard.*d.concl.1149.n.8.*

Atq; ex eo rursus arguitur defectus *judicii &* intentionis, cum causa in genere à testatore expressa non probata, illa censeatur falsa esse, & ex falsa causa † arguatur mens & judiciũ disponen- 79
tis, non satis sanũ atq; integrũ *per text.l.demonstratio falsa.ff.de condit.& demonst. Menoch.consil.378.nu. 26.lib.4.*

Quæ ipsa etiam causa falsa, ut maxime ab homine extra controversiam sanæ & integræ mentis expressa esset, institutionẽ Dn. E. sub illa factã vitiaret, & nullam redderet per doctrinam Bart. *in d.l.demonstratio falsa.§.quod autem.nu.13.vers.quadam est causa proxima.* & *ibid.*Imol.*col.3.vers.item adde circa id.& col.fin.* & Socin.*nu.4 & 5.* Idem Imol. *in l fin.col 3.ff.de her.instit.*Corn.*cons.309.n.4 vol.1.*

Et in genere proditum est, causam † falsam vi- 80
tiare actũ, qui geritur, *l.1.C.de caus.fals.adject.* quod de falsa causa adjecta cõtractui probatur per text. *in l.2 §.circa.ff.de except.dol.& in l.si divortio.*ubi Bar. Alex.Jas. & cæteri *ff.de verb.oblig.* Alex.*cons.89.vol. 2.* Ita falsa causa vitiat concessionẽ factam à principe, etiam motu proprio, *Socin sen. consil.226.col. fin. vol.2.* ita falsa causa vitiat transactionẽ, *Barbat. consil.16. col.penult. & ult. vol.4.* ita falsa causa vitiat divisionem, *Alex.in l.si soror in fin.& ibid.Dec.notab. 2.C.de collat. Socin jun consil.48.nu.42. & consil.128. nu.121.vol.1. Cravett consil.26.in fin.& cons.188.nu.9.* ita causa falsa vitiat sententiam judicis, *Barba.consil.6.col.10.vol.4. Paris.consil.89.nu.59.vol.1.* ita falsa causa vitiat laudũ ab arbitris prolatum, *Dec.consil. 475.nu.14. Paris.consil.24.nu.146.vol.2.* & sunt ejus generis infinita alia. Quæ omnia rationem hanc habent evidentem & manifestam, quod † causa 81
cessante, cesset etiam effectus, *per c.cum cessante.de appellat.*& in terminis institutionũ tradit Tiraq.*in tract.cessante causa.§.institutionis causa.n.120.& seq.*

Quamvis autem nõ ignorem, plerosq; de causa finali hæc intelligere, non etiam de causa impulsiva, per multos allegatos à Tib. Decian. *consil.66 nu.39. vol.3.* egregia tamẽ est doctrina Bart. *in d.l.demonstratio. §.quod autem. nu.4. vers.sed è converso si quantitas.* quod etsi causa, qua ad ita disponendum motus est testator, non esset obligatoria aut finalis, attamen si summa magna sit, de qua agatur, ut in hoc nostro casu testator ita non disposuisset, si revera scivisset, causam non esse veram, quam doctrinam Bart. secuti sunt Imol.
in d.l.

in d.l.demonstratio falsa,col.fin. Ruin *consil.73.nu.
14. & consil.178.n.7. vers. & ultra eum, vol.2.* Me-
noch.*consil.346.n.14 & 15.lib.4.* ubi affert exem-
plum à Bartolo propositum, quod si testator ita
legavit filiæ: lego tibi centum, quia frater tuus
centũ ex arca sustulit, legatum nõ debetur si cau-
sa est falsa, ut quia frater nihil sustulit, etsi sum-
ma est magna relatione habita ad patrimonium.

Ita in casu proposito cùm ex omnibus cir-
cumstantiis appareat Dn.P.non ita dispositurum
fuisse circa institutionem filii sui Dn.E.si causam
prætensam falsam scivisset, sanè dicendum fuerit,
cùm causa falsa sit, nec probare possit, institutio-
nem ipsam viciosam atq; adeò nullam esse, utpo-
82 te quæ ex errore profecta sit, qui † voluntatem
in testando requisitam removet, *Corn. d. consil.
309. Dec.consil.349.n.9. Tiraquell. in tract. de jure
primogen. quæst.4.n.5. Menoch d. consil.346.n.9.*

Deducta sunt hactenus argumenta complura,
quibus abundè demonstratum est testamentum
Dn.P.de jure invalidum esse atq; nullum, quibus
83 nunc & illud accedit, quòd † testamenta ex solius
testantis non etiam alterius arbitrio dependere
debeant, *textus est in l. illa institutio, ff. de heredib.
instituen. Bald. in l.1. col. penult. vers. juxta hoc quæ-
ro. C. de sacrosanct. Eccles. Angel. consil.201. in princ.
Calcan. consil.107. col. penult.* quod procedit nedum
in institutione heredis, sed etiam in legatis, *l. ca-
ptatoriæ. ff. de legat.1. l. nonnunquam. ff. de condit. &
demonstrat. l.1. ff. de his quæ pro non script. habent.
Paris. consil. 89. n. 42. & 43. vol.3.* adeò ut volun-
tas illa quæ ab alieno arbitrio dependet, vel quæ
dolo & astu captata fuit dicatur esse captatoria,
atq; adeò invalida & nulla, *l. Captatorias. ff. de he-
red. instituend.*

84 Tametsi verò haud inficier † quin cui liceat
testatorem blanditiis allicere, ut se heredem in-
stituat vel aliquid sibi relinquat, *l. fi. C. si quis aliq.
test. prohib. Bart. in l. Lucius. §. Sempronia, in fine
85 ff. de legat.2. Dec. consil.489. col.2. in fine, Kirchov.
d. consil.26. n.19.* nihilominus & illud de jure cer-
tum est, quòd non liceat alicui per dolum ea in
re versari molestiorem aut importunum sese a-
gendo erga testatorem, ut præter allegatos docet
Jas. *in l. dedi, §. quanquam, numb.4. ff. de condict. ob
caus. & in l. 1. circa finem. C. si quis aliquem testar.
prohib. & consil.141. col.2. vol.4.*

At multæ in casu proposito conjecturæ &
præsumptiones sunt, quibus argui potest, H.Dn.
P. uxorem hanc sui mariti dispositionem testa-
mentariam captasse, & quodammodo extorsisse,
86 quod † conjecturis & præsumptionibus probari
posse respondit post alios Tiber. Decian. *consil.
65. n.10. vol.2.*

Et primùm quidem jam ante dictum est no-
vercam præsumi malè affectam in privignos, un-
87 de † etiam novercam quasi nocentem arcum di-
ctam putavit Accurs. *in §. socrum, Instit. de nupt.* e-
88 amq; ob causam † privignum non cogi stare aut
habitare cum noverca propter mutuum inter
eos odium præsumptum tradunt Aretin. *in d. l. si
disceptetur,* Bald. *in auth. hoc locum, C. si mul. se-
cund. nupser. in fine, & in l. si ea. C. de condit. insert.*
89 Hinc † jura præsumunt, quod quicquid pater fa-
cit contra filios habentes novercas, id fecisse pre-
sumatur novercalibus persuasionibus, ita docent
Bald. Angel. Castrens. & alii *in l. hoc colore. ff. de in-
offi. testam.* Bertrand. *consil.22. n.4. vol.3.* & facit,
quòd renunciationes factæ per filias habentes
novercas de bonis & hereditate paterna factæ
præsumantur propter insidias novercales, ideoq;
infirmari & annullari facilius, ut dicebat Curt. &
post eum Cagnol. *n.9. in d. l. hoc colore,* quæ præ-
sumptio eò fortior est, quò fortior est & in ratio-
ne naturali ratione fundata præsumptio amoris
patrum in suos liberos, de qua præter supradi-
ctos multa tradit Mascard. *d. Conclus. 1149. per
discursum.*

Secundò, præsumptionem instigationis per-
suasionisq; novercalis facit occasio † earum am- 90
plissima, cùm noverca esset adhuc juvenis & vi-
gorosa, Dn. P. verò senectute, infirmitate, mor-
boq; gravatus, in cujusmodi casu pluribus extor-
sionibus à conjugibus, parentibus amicisq; in-
firmos & senes vexari, & importunè compul-
sos eos heredes instituere aut aliquid relinquere,
ita ut quandoque testamentum tanquam ad sug-
gestionem conditum nullum reputetur, tradunt
Angel. & Castrens. post gl. *in l. non enim. ff. de in-
offic. testam.* Cæpol. *Cautel.36.* Plot. *inter consil. Cri-
min.168. n.53. vol.1* & Collegium Patavinum *consil.
1. vol.1. consiliorum de ult. volunt.* Mazoll. *consil.17.
vol.1.* quos refert & sequitur Bursat. *d. consil.226.
nu.72. & 73.*

Tertiò, nota est mulierum avaritia ita † ut di- 91
catur mulier animal esse avarissimum, *gl. in l. Nes-
sennius, verb. ex contrario. ff. de neg. gest. & in l. sed
si ego, in fin. ff. ad Senatusc. Vellejan. Anchar. in c.
indemnitatibus, n.4. de elect. in 6. & complures alii,
quos cumulavit Petr. Roic. decis. Lithuan.3. n. 538.
vers. esse quippe.*

Quartò, & sicut † sibi ipsi, ita etiam liberis suis 92
prospicere & consulere voluisse videtur, atque
adeò rem eò deducere, quo loco nunc est. Hæc
etenim præsumptio magnam habet vim ad præ-
sumendum instigationem novercalem, præser-
tim concurrentibus aliis, de quibus jam dictum
est, & porrò dicetur.

Quintò, instigationum persuasionumq; no-
vercalium probatio colligi † etiam potest ex i- 93
psa testamenti dispositione atq; lectione, *argu. l.
interest. C. de solut.* Constat enim ex ejus tenore
de maxima eaq; multiplici inæqualitate, quam
servavit disponens inter Dn. E. filium primi ma-
trimonii, & filios matrimonii secundi.

Inæqualitas prima est in portionibus inæqua-
libus, quæ aliquo fortasse modo excusari posset,
si aliqua etiam minima inæqualitas servata fuis-
set inter liberos matrimonii secundi.

Inæqualitas secunda est in appellatione, siqui-
dem liberos matrimonii secundi appellat suos
dilectos, & quidem tribus vicibus, meine geliebte
Söhne / Dn. E. autem ne semel quidem appella-
tione dignatus est, imò non obscurè innuit, quod
ipsum pro dilecto non habeat.

Inæqualitas tertia est, quòd præterquam Do-
minus testator Dn.E. non appellavit, ut ceteros,
dilectum, insuper ipsius famam atq; existimatio-
nem gravavit per scripta ab Alciato *in d. præ-
sumpt. 15.* dicente, quod ex denominatione prò-
digalitatis facta à patre gravetur opinio filii a-
pud bonos viros, *l. ea quæ. C. ex quibus caus. infam.*

cujusmodi gravamen apud liberos matrimonii secundi non reperitur.

Inæqualitas quarta est, quòd Dominus testator Dn. E. voluit esse in cura perpetua, idq; sine ulla distinctione, sive frugi fiat sive non, posito quòd prodigus fuerit, nihil ejusmodi disposuit de cæteris.

Inæqualitas quinta est, quòd portio hereditaria Dn. E. in testamento assignata ipsi cedere non debet, antequā in matrimonium venerit: ceteris cedere debet quamprimum anno 20. completo.

Inæqualitas sexta est, quòd portio Dn. E. assignata gravata est onere fideicommissi: ejusmodi fideicommissum in portionibus ceterorum nullum est, aut si ullum est, id certè in summa istius minima.

Inæqualitas septima est, quòd defuncto Dn. E. tota ipsi assignata portio cedere debet proximis agnatis, qui, si ipse non habeat liberos, erunt fratres consanguinei, cum è contrario Dn. E. fratribus suis consanguineis defunctis plus habiturus non sit quàm 30000. florenis, quæ inæqualitas tantò major est, quod Dn. E. utpote senior præsumptivè ante fratres suos consanguineos, utpote juniores moriturus sit, & verosimiliter in ipso tanquam unico facilius extitura sit conditio, quàm in ceteris tribus.

Inæqualitas octava est, quòd Dn. E. assignata est sua portio in pecunia numerata duntaxat: cùm liberis matrimonii secundi præter illam pecuniam numeratam assignata sint omnia bona reliqua & mobilia & immobilia, imò verò ipsi etiam novercæ bona immobilia, quæ minimò 30000. florenis æstimantur: atq; iterum hic etiam inæqualitas tantò major est, quòd pecunia numerata res sit fragilis, & facilius pereat, quàm bona immobilia.

Tantam autem inæqualitatem Dn. P. testatorem per seipsum & sua sponte sine persuasionibus & instigationibus uxoris suæ H. facturum
94 fuisse, non est verosimile. Affectui † enim & amori paterno dispositio ista non est consentanea, quem esse maximum textus est *in l. final. in princip. C. de curat. furios.* & ideò inquit gl. & post eam Angel. & alii *in l. quidam cum filium, ff. de heredib. instituend.* quod filius nullum meliorem amicum habere potest quàm patrem, idemque dicit Bald. *in c. per tuas. col. 2. de probat. & cons. 294. ad finem, vol. 5.*

Atq; aliàs etiam pater filium unum æquè atq; alterum diligit, ut probatur *per l. 3. C. de inoff. test.* ubi scriptum est, quòd duobus filiis à matre institutis si tertius postumus vocatus à matre non fuit ob id quod ei defuit tempus mutandi testamentum habetur pro vocato & instituto, quia verosimile sit, quòd omnes æquè dilexerit. Idem sentit Bald. *cons. 122. col. 1. vers. Nam cum, vol. 1.* Frider. de Sen. *cons. 42. vers. Et vero similiter.*

Imò verò pater regulariter præsumitur plus diligere primogenitum, quàm alios, *Alberic. in proœm. ff. §. discipuli, & in l. penult. col. 2. versic. Et hoc suadetur, C. de donat. int. vir. & uxor. Oldrad. cons. 94. col. 4. vers. hoc etiam suadet dilectio, Corn. cons. 244. col. 2. vol. 2.*

95 Et † causa testati regulatur à causa intestati, *gl. in l. cum ita, §. in fideicommiss. ff. de legat. 2. Corn. consil. 131. vol. 2. & cons. 233. col. penult. vol. 4. Socin. Sen. cons. 249. n. 21. vol. 2.* Ruin. *consil. 144. n. 13. vol. 3. Dec. cons. 186. col. 2. Paris. cons. 37. n. 42. & consil. 59. n. 16. vol. 2. Socin. jun. cons. 26. n. 25. vol. 1. Alc. respons. 96. n. 34.*

At verò † naturalis ratio æquali jure ab intestato omnes vocat ad successionem in bonis parentum, *l. maximum vitium, C. de liber. prateri. l. inter filios, C. famil. ercisc und.* ubi Baldus per illum textum dicit, quòd omnia statuta quæ aliter disponunt, sunt contra jus commune, & contra naturalem æquitatem, quibus consonat quod scribit Oldrad. *d. consil. 94. col. 4.* dicens quòd natura non novit inter filios hanc differentiam, sed cum omnes filii sint æqualiter pars parentis omnes vocat æqualiter mortuo parente non tam ad hereditatis perceptionem, quàm ad liberam bonorum administrationem, & dominii quodammodo continuationem, refert & sequitur Natt. *cons. 179. n. 30. vol. 1.* 96

Quibus omnibus accedit, quòd † in ceteris etiam jura omnia æqualitatis sint studiosissima, eandemq; servari præcipiant, *l. illud, C. de collat. l. cum pater, §. evictis, ff. de legat. 2. l. fin. C. commun. utriusq; judic. Dec. in d. l. ut liberis, num. 3. & in l. 1. nu. 2. C. unde liber. Dec. consil. 59. nu. 3. & consil. 122. num. 3.* è contrario † verò inæqualitatem ut sibi inimicam, *l. id quod, in fine, ff. de rescindend. vendit. Cravet. consil. 173. n. 3.* prohibeant, cum inæqualitas sit discordiæ inductiva, conservativa & nutritiva, *Roland. à Valle consil.* 100. *nu. 17. vol. 3. & consil. 51. nu. 8. vol. 4. Socin. consil. 21. nu. 7. vol. 3. Rube. consil. 7. n. 7. Cephal. consil. 67. n. 10. & seq. lib. 1. & consil. 280. n. 1. & seq. lib. 2. Jos. Ludovic. decis. Lucens. 29. n. 15.* 97 98

Eamq; † ob causam pro servanda æqualitate multa specialia à legibus inducta, *Dd. in d. § evictis, & in l. si ita legatum, ff. de condit. & demonstr. Paris. cons. 92. n. 23. vol. 1. Rebuff. super constit. reg. de inquisit. art. 1. gl. 1.* 99

Unde est ut à verborum etiam proprietate aliquando recedamus ad hoc ut servetur æqualitas, *Bartol. in l. fin. ff. pro donat. Socin. in l. 1. notab. 4. ff. de reb. dub.* & ejusdem æqualitatis servandæ causa aliquid venit in dispositionem, quod alioqui non veniret, *Cephal. consil. 28. n. 26. lib. 1.* & interpretatio per quam major servatur æqualitas amplectenda est, *Cravet. cons. 133. n. 77.*

Ita æqualitatem in actibus inter vivos servandam textus est *in l. ex morte, C. de pact. convent. & auth. æqualitas, C. eod. l. cum emtor. C. de rescind. vend. Menoc. cons. 26. n. 22. li. 1. & cons. 203. n. 16. li. 3.*

Ita in judiciis inter actorem & reum æqualitatem servandam textus est *in l. fin. C. de fruct. & lit. expens.* etiamsi res sit inter fiscum & privatum, cum tamen fisci multa & magna sint privilegia, *Benintend. decis. Bonon. 76. n. 13. Magon. decis. Lucens. 58. nu. 8.*

Et in specie ut † inæqualitas inter fratres evitetur, multa à legibus sancita sunt, ut tradunt Tiraquell. *in tract. de iure primogen. quæst. 1. n. 5. 6. & 7.* Ruin. *consil. 121. n. 7. vol. 2.* Gozadin. *consil. 58. n. 15.* Socin. jun. *consil. 147. n. 41. vol. 2.* Paris. *consil. 2. nu. 27. vol. 3.* 100

Hinc æqualitatis servandæ causa collatio inter fratres fieri debet, quæ aliàs non admitteretur,

retur, *Bald.consil.98.vol.4.Dec.consil.59.col.3.Tiraquell.d.quaest.4.n.2.*

Ita aequalitatis conservandae causa inter filios praelegata non imputantur in legitimam, quae tamen aliàs imputarentur, *Ruin. consil. 133. col. penult.vol.2.*

Sic pariter eandem ob causam praelegata non veniunt in restitutione fideicommissi, *ut respondit Aretin. cons. 153. col. 2.vers. confirmatur è contra, Socin.jun.cons.160.n.20.vol.2.*

Et rursus praesumitur legatum animo compẽsandi, ut aequalitas servetur, *Ruin.cons.86.n.12.vo.2.Corn.cons.230.col.2.vol.4.*

Et dicimus quod ad servandam aequalitatem pater praesumatur tantam dotem dare uni filiae, quantam alteri dedit, *Soc.Sen.in l.1.n.39.in fine.ff. solut.matr. & post eum Cephal.cons.280.n.20.lib.2.*

Et ob aequalitatem servandam inter filios aliquando non continentur in legato, quae aliàs cõtinerẽtur, *Zanch.in repetit.l.heredes mei,§.cum ita, part.1.n.28.ff.Ad Senatusc.Trebell. Ruin.cons.212.n.12.vers.Et quod talis,vol.1. Dec. cons. 122. in fine, Cephal.cons.612.n.4.lib.5.*

Et non tantùm inter filios ejusdem, sed etiam diversi matrimonii aequalitatem servandam esse docet Bart. *in l. Lucius,col.fin.ff. de vulgar. & pupill.* Cuman. *in l. cum pater, §. dulciss. in fine. ff. de legat.2.* Dec.*cons.631.n.4.* Bero.*cons.23.in fine, vol.2* Cephal.*cons.299.n.4.lib.2.*

Quae omnia cùm ita sese habeant ad quaestionem propositam primam respondendũ est, quòd testamentum Dn.P.nullum sit & invalidum.

Non obstant supra adducta, quae contrarium sentire suadere videbantur. Nam etsi quis sanae mentis esse praesumatur, in casu tamen proposito constat partim ex notorietate, partim ex praesumptionibus quamplurimis iisq; majoribus & fortioribus & magis specialibus, quòd Dn. P. non admodum integrae mentis fuerit, ideòque per suprà deducta probatio integrę & sanae mentis incumbet parti adversae eam affirmanti.

101 Praesumptio † enim praesumptionem tollit, *l. Divus. ff. de in integr. restitut. l. non solùm. ff. de ritu nupt. c.transmissae. Qui fil. sint legit. gloss. in c. ex literis, verb. ad plenum, de restitut. in integr. Menoch. de arbitrar. judic. quaest. lib.1. quaest. 76.num.19.*

Et quod praesumptio minor cedat majori respondit Alciat. *resp. 269. nu. 2.* Curt. jun. *consil. 35.n.6. & consil. 163. nu. 22.* & quod praesumptio fortior tollat debiliorem est text. *in c. literas, de praesumpt.* gloss. *in d. c. transmissae.* gloss. *in c. Michaël.de fil.presbyter.* Bartol. *in d l.Divus,notab. 2.* Idem Bartol.& Dd. *in l.transactionem.C.de transaction.* Dec. *in c. quoniam, num. 8. de offic. deleg.* Jas. *in l. jam hoc jure, col. 2. circa finem, ff. de vulg. & pupill. substitut. Ripa in l. admonendi, num. 211.ff. de jurejur. & in l.2. nu. 11. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Alciat. *de praesumpt. reg. 1. praesumpt. 9. nu. 16.* Ferrar. *Cautel. 41. nu. 4.* Cravet. *consil. 145. nu.11. & consil. 149. nu. 17.* Plures item vincunt pauciores, per notata *in auth. de consanguin. & uterin. fratr. c. 1. de treug. & pace. Bald. in l. filium, nu.2.ff.de his qui sui vel alien. jur. sunt. Alciat.de praesumpt.reg.3.praesumpt.37.n.9.& seq. Dec.consil.470.n.10.Socin.jun.consil.59,n.10.vol.2. Grat.resp.55.n.39.vol.1.Bursat.consil.19.n.27. lib. 1.* & hanc vulgarem esse regulam dicit idem Bursat.*cons.272.n.7.lib.3.*

Hinc respondit Mazoll.*d.consil.12 nu.65.vers. ad tertium*, quòd † praesumptio sanae & integrae 102
mentis procedat in dubiis, secus si doceatur privatio mentis, & quod absit mentis integritas.

Qualitas verò testamenti pluribus paulò ante exposita satis arguit, quòd testamentum hoc non sit factum, prout quilibet diligens & sanus fecisset, & licet adsint aliquot actus sano capiti convenientes, verum tamen est actum totum non esse omni ex parte sanae atque integrae menti consentaneum. Permixtio enim actus dementis, ait Mazoll. *in d. consil. 12. nu 66.* facit censeri totum factum esse à demente, & ante Mazollum ita scripserunt Bald. *in d. l. furiosum*, Alexand. *consil.10.col.3.& consil.141.vol.1.& consil.85. vol.2.* facit *l quidam.ff.de condit.institut.* & notanter dicit Bartol. *in tract. de testib. incip. opposit. prudent.* quod actus totus judicetur fatuus, in quo inter aliqua ritè ordinata inserta quaedam sunt fatua, idemq; sensit Angel.*in d §.praeterea.* ideoque non abs re Mazoll.*d.consil.12.nu.67.* subjicit, quòd isti actus sani capitis à consuetudine notariorum, ut docet experientia, procedant, nam à se, inquit, interrogant & ponunt recommendationem animae, electionem sepulturae, & interrogãt quem facere vult heredem, & quid pro anima sua legare velit, & cùm praesumantur illa esse ex suggestione alterius, non arguitur ex illis sana mens, *secundum Corn.cons.73.in fine.vol.1.*

Et licet in principio testamenti hujus scriptum sit, quod † testator sanus mente fuerit, ex 103
hoc tamen non probatur mens sana, *l.semel, C.de re milit.lib.12.Jas.in d.l.sentium,n.3. Plot.inter consilia de ultim. voluntat. consil.168. num. 7. Roic. decis.Lithuan.2.quos refert & sequitur Bursat.d cons. 226 nu.74.*

Quod † autem testamentum à furioso sive 104
mente capto factum valeat, si dispositum sit rectè & ritè, prout dispositurus fuisset etiam prudens & sanae mentis, nullo juris textu comprobari potest, nec ulla ejusmodi distinctio à legibus prodita est, ut cùm lex non distinguat, nec nos distinguere debeamus, *vulg. l. de precio, ff. de public. in rem act.* & Jason *consil. 41. volum. 4.* consultus respondit, quod testamentum dementis ne ad causam quidem piam valeat, etiamsi disposuerit ut sanus.

Deinde ut maximè limitatio ista procederet in testamentis factis cum debitis solennitatibus, nõ tamen procederet in testamẽto inter liberos, ne circa eundem actum duae specialitates, nimirum omissio solennium & simul dispositio mente coepti concurrant, quod † jure prohibetur, *l.1. C. de* 105
inofficios. donat. Dd. communiter in l.singularia, ff. de reb.cred.si cer petat. Jas.in l.si is qui, ff pro emtore. Grat.resp.53.n.8.& 9.vol.2.

Quare hic etiam rectè cum Mazollo *in d.cons. 12.n.72.& 73.* respondebitur, non cẽsendum esse verum, quòd testamentum factum à furioso rectè ordinatum sit servandum. Nam si condidit tempore furoris, quomodo negare possumus non esse à furioso factum? etsi placeret Principi, quòd illud servaretur, esset id ex gratia speciali, &

ad consequentias non trahendum: Sin autem fuit conditum ab eo, qui ante actum testamenti erat in furore, tunc benè secundum Baldum & alios habetur ratio qualitatis actus gesti. Qualitatem autem hujus testamenti esse ejusmodi, ut non videatur ab homine omninò integræ mentis sive à volente factum, ex hisce quæ suprà dicta sunt satis est manifestum.

Nec inficior testamentum inter liberos fieri posse etiam omnibus cæterorum testamẽtorum solennitatibus omissis, & quod sustineatur virtute clausulæ codicillaris expressè appositæ, vel etiam tacitè subintellectæ: at voluntatem non minus in illo etiam testamento liberam, nec ullis persuasionibus aut instigationibus corruptam esse necesse est.

At verò demõstratum est in superioribus non tantùm non fuisse ullam Dn. P. in hoc actu voluntatem, sed etiam ut maximè aliqua fuerit, fuisse tamen illam captatam ab uxore ipsius H. cujus rei argumenta, præsumptiones & indicia tot in medium allata sunt, ut rem aliter sese habere probare necesse habeant, qui testamento illo nituntur. Vulgatũ enim est præsumptiones transferre onus probandi in eum, contra quem stant.

106 Præsumptio † autem de testamenti validitate locum tum demum habet, si esset quæstio tantùm de solennitate testamenti, non etiam si de voluntate quæreretur, ut probat Cravet. *consil. 143. n. 16.* item etiam tum procedit, quando exinde non insurgeret magna inæqualitas inter liberos, *Corn. cons. 180. in fine, vol. 1. & novissimè Menoch. de præscript. lib. 4. præsumpt. 10. in fine*, ideoq; cum de voluntate testatoris libera in casu proposito sit quæstio, & admisso hoc testamento maxima inde inæqualitas inter liberos insurgeret, præsumtio illa validitatis generalis omninò enervatur atq; tollitur.

Est igitur supervacanea omnis illa quæstio de potestate testatoris, quam habet de jure circa dispositionem & alienationem rerum suarum inter vivos vel in ultima volũtate, quia ut maximè eam habuerit Dn. P. ea tamen abusus est, neq; in ea utenda liberè omninò versatus est.

107 Sed † ut maximè liberè ea in re versatus sit, adhuc tamen inæqualitas ista nimis magna à Dn. P. inter Dn. E. filium matrimonii primi, & filios matrimonii secundi facta facit ut testamentum nullum sit & succedatur defuncto ab intestato, *d. l. filii, & d. l. fin. C. famil. ercisc und.* ubi expressè dicitur ab intestato succedi defuncto, quo ipso præsupponitur testamentum factum pro nullo haberi.

Nec uspiam in legibus nostris disertè cautum est, ut ita liceat patri testari inter liberos solennitatibus omissis, ut etiam liceat ipsi liberos instituere inæqualiter. Omissio enim solennitatis speciale quid est, sicut etiam speciale est, quòd liberi redduntur inæquales, quas duas specialitates non posse cõcurrere, neq; simul admitti probatur ex suprà allegatis, præsertim verò in casu ejusmodi, in quo testator inter liberos diversorum matrimoniorum vult testari, & adsunt præsumptiones atq; conjecturæ volũtatis ipsius captatæ.

Etsi verò sint Doctores haud pauci in ea sentẽtia, quòd testamẽtum inter liberos valeat, etiamsi ex inæqualibus partibus sint instituti, sunt tamen si non plures, at certè non pauciores, neq; autoritatis minoris, qui disertè contrarium asserunt, nimirum ejusmodi testamentum inter liberos factum non valere, *Rom. cons. 179. n. 16. col. penult. & cons. 385. n. 5. Specul. de instrum. edit. § compẽdiosè, vers. quid si pater habens tres filios. Dec. cons. 63. Barbat. cons. 32. nu. 6. vol. 1. Hieron. Grat. consil. 166. n. 49. vol. 2. Socin. jun. consil. 121. nu. 10. & 19. vol. 2. Rube. consil. 6. Crot. consil. 121. nu. 22.* & hanc opinionem communem esse testatur Mandos. *in addit. ad Roman. consil. 385.* eamq; nos sequi debere in judicando, cum sit valde æqua, & in naturali ratione fundata, respondit Socin. jun *cons. 147. n. 32. vol. 2.* idemq; ante Socinum respondit *Dec. consil. 105.* ubi dicit, quòd opinio Romani videatur multum æqua & naturalis, ut servetur ea, quæ inter liberos esse debet æqualitas.

Et sanè est hæc sententia posterior æquitati naturali & juri communi maximè consentanea. Natura enim omnes liberos fecit æquales, & jus commune æqualiter illos succedere voluit, *d. l. maximum vitium.*

Quòd † si igitur ea opinio opinionum varietate stante amplectenda est, quæ magis æquitati convenit, & à rigore discedit, *l. ea quæ, § 1. & l. in omnibus quidem, ubi latè Dec. ff. de regul. jur. l. Æmilius, ff. de minor. l. placuit, ubi Jas. post alios. ff. de judic. l. ex his, in fine. quæ in fraud. cred. l. fi. § in computatione, ubi gl. & Dd. C. de jure delib. Castr. in l. 1. si quis caut. Bald. c. 192. col. fin. vol. 2. Dec. c. 162. n. 1. Crav. c. 14. nu. 8. & c. 23. num. 9. Corat. lib. 1. de commun. opin. tit. 6. n. 8. Mynf. cent. 2. obser. 10. in fine*, præsertim si talis opinio in ratione naturali fundata sit, *Soc. in l. qui agnitis, col. 3. ff. de except. Jas. in l. filio pater, notab. 2. ff. de legat. 1. & in l. si servum, § sequitur, col. 1. ff. de verbor. oblig.* hæc certè opinio eò magis amplectenda fuerit, quòd cum æquitate & ratione naturali tam pulcrè conveniat jus civile. 108

Sunt tamen nonnulli qui distinguant, ut † nimirum testamentũ inter liberos valeat etiam institutione facta inæquali si inæqualitas sit modica, non valeat, si magna sit. Ita distinguit Curt. jun. *in d § ex imperfecto*, quam distinctionem sequuntur Molin. *in addit. ad Alex. cons. 168. vol. 5.* Didac. Covarruv. *in d. c. Rainutius § 1. n. 3.* Clar. *in § testamentum, q. 14. n. 8.* Quæ distinctio utpote & ipsa æquitati naturali consentanea, & voluntatem paternam custodiens, si sequenda sit, nemo negabit, quin ob tam insignem inæqualitatem in hoc testamento à Dn. P. inter liberos suos factam, hoc etiam testamentum non valeat. 109

Neq; omninò absque ratione existimo, posse hanc opinionem utpote alias conciliantẽ in consulendò & judicando servari. Notum enim est † inter opiniones contrarias eam sequendam esse, quæ distinctione cõciliat, & sic in suis casibus diversas & sibi contrarias opiniones recipit, quod sepius fecit Justinianus noster in conciliandis veterum Jurisconsultorum dissensionibus, atq; ipse etiam Ulpianus ita concordavit opiniones Labeonis & Octaveni sibi contrarias *in l. item vidẽdum, in prin. ff. de petit. heredit.* & Gajus opiniones Proculi & Sabini *in l. adeò. §. cum quis, vers. & in media senten. de acq. rer. dom.* facit gl. *in c. quærente, de offic.* 110

de off. deleg. Salic. *in l. filia cujus pater. C. fam. erc.* & *notatur in l. 1. C. de inoff. dot.* & *in c. literas, de restit. spoliat.* & *in c. cum expediat, de elect. in 6.* & *in c. periculose, de pœn. dist. 1.* & tradit Angel. Aretin. *in prin. Inst. de empt.* & *vend. col 2. vers.* & *istam dicit fore veritatem*, Roch. de Curt. *in repet. c. fi. n. 191. de consuetud.* Socin. jun. *cons. 39. n. 78.* & *cons. 121. in fine, vol. 2.* Grat. *cons. 30. n. 33.* & *63. n. 26. vol. 1.* Paris. *cons. 106. n. 45. vol. 1.* Joseph. Ludov. *decis. Perus. 72. n. 10.* Cacheran. *decis. Pedemon. 21. n. 16.* Corat. *d. tit. 6. n. 80.* Pistor. *2. q. 47. n. 25.*

111 Porrò quod † nec metus, nec dolus, nec captatio præsumūtur, id procedit, nisi præsumptiones & conjecturæ aliæ sint in contrarium, ut in casu proposito, quod multis probat & confirmat Mascard. *de prob. concl. 531. vol. 1.* & *conclus. 1055. vol. 2. per discursum*, & in specie Menoch. *de præsum. lib. 4. præsumpt. 11. n. 6.* & *præsumpt 12. n. 2.* ubi allegat Tiber. Decian. *cons. 65. n. 10. vol. 2.*

Cùm igitur testamētum Dn. P. nullum sit, certum est, quòd per querelam inofficiosi impugnari & rescindi non possit. Querela enim inofficiosi datur contra testamentum, quod ipso jure validū est & subsistit, atq; ideò rescindi potest. Nam quod nullum est, eo ipso quod nullum est, rescin-
112 di non potest, quoniam † nō entis nullæ sunt qualitates, *l. ejus qui, § penul. ff. de reb. cred. si cert. petat. gl. in c. bona memoria,* & *l. 1. in verb. per rerum naturam, de elect.* & in specie quòd id quod nullum est nec confirmari nec rumpi possit, tradit Cacheran. *decis. Pedemont. 34. n. 12.* & *decis. 39. n. 11.*

Cui consequens est, ut nec ad supplementum
113 legitimæ agi possit, si quidem † actio hæc itidem præsupponit validitatem testamenti & querelæ inofficiosi quasi est subordinata, *§. sed hæc ita accipienda, Inst. de inoff. testam. l. omnimodo, C. eod. cum simil.* eamque ob causam jus dicendi hoc testamentum Dn. P. nullum non cessat, sed meritò locum habebit.

Sed quæri nunc posset, cùm igitur testamentū
114 Dn. P. nullum sit, id verò † quod nullum est de jure perinde habeatur, atq; si nunquam de natura etiam factum esset, *l. quoties, ff. qui satisd. cogant. l. non putavit, §. non quævis, ff. de bonor. possess. contra tabul. l. 4. § condemnatum. ff. de re judic.* quid Dn. E. faciendum sit, ut portionem suam hereditariam ab intestato sibi debitam consequatur. Testamento enim nullo, res ad intestati causam re-
115 dit, quia † successio testamētaria est ex testamento vel legitima ex lege ab intestato, *l. lege, ff. de verbor. significat. l. 3 ff. de petit. heredit.*

116 Ad hanc quæstionem respondeo † duplici via Dn. E. in jure prospectum esse, quarum una est, ut hæc quæstio nullitatis proponatur implorato officio judicis, ut in terminis nostris docet Wesemb. *in §. 1. n. 3. Instit. de inoffic. testament.* allegans ad hoc Innocent. *in c. fin. de offic. judic.* Bald. *in l. 1. n. 3. ff. de fer.* Bartol. *in l. si expressim, n. 12. ff. de appel.* Pract. Ferrar. *in forma libelli appellat. in verb. fuisse* & *esse nullam, n. 4.* & Dd. hoc comm sequi testatur Gomez. *var. resol. lib. 2. c. 11. n. 7.* & novissimè Grass. *in §. testamentum, q. 52. in princ.*

Alteram viam proposuit Bartol. *in l. filio præterito, n. 24. ff. de injusto, rupt.* & *irrit. testam.* ubi ejus verba hæc sunt: De jure verò dicendi testamentū nullum, non habemus specialem titulum: quæro ergò, qualiter proponatur? Jurisconsultus, inquit Bartolus, hic innuit apertè, quòd non sit necesse facere mentionem de nullitate testamenti, sed simpliciter petat hereditatem ab intestato, & si excipietur de testamento, replicabitur de nullitate, & subjicit Bartolus hanc esse bonam practicam. Addit tamen, posse quem, si vellet, principaliter petere quòd testamentum pronuncietur nullum, & hoc fieret per officium judicis, qua de re plenius dixerit *in l. quæ sub conditione, §. de hoc jurejurando, n. 2. ff. de condit. institut.* eandemq; sequitur Grass. *d. q. 52. vers. secundò.*

Atq; ut hac altera via agatur videtur esse consultius, quia minus grave est incidenter & quasi per obliquum testamentum paternum arguere nullitatis, quàm si id fiat per implorationem officii judicis, atq; adeò directò.

Utracunque autem via Dn. E. experiri malit, non inconsultò ipsum facturum existimo, ut vel replicationi nullitatis, vel implorationi officii judicis adjiciat protestationem eventualem, in casum testamentum prætensum omninò pro valido pronunciandum esset, quod non speretur, quòd omnia jura sibi ex eo & ex jure competentia reservata velit. Cum enim † 117
testamentum impugnans sese ex eo postea juvare non possit, ut communiter scribunt Dd. *in l. post legatum, ff. de his quib. ut indign.* Aretin. *cons. 96. col. penult.* Bursat. *consil. 234. nu. 47. lib. 3.* protestatio tamen † cuique jus suum in tuto collo- 118
cat atq; conservat, *per text. in l. si debitor, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solvit. Jas. in l. non solum, §. morte, nu. 50. ff. de oper. nov. nunciat.* & *in l. 2. col. 75. C. de jure Emphyteut. Benintend. decis. Bonon. 72. nu. 5. Port. consil. 61. nu. 40.* & *consil. 177. nu. 3. Cephal. consil. 296. nu. 9.* & *seq. lib. 2. Bursat. consil. 16. nu. final. lib. 1.* & *consil. 247. nu. 11. lib. 3. Wesembec. consil. 43. nu. 159.* & *seq.* & animum ab actu, qui fit, tollit ac removet, *l. at si quis, §. pleriq. ff. de relig.* & *sumpt. funer. l. qui in aliena, §. Celsus, ubi Bartol. ff. de acquir. vel omittend. hered. Wesembec. consil. 4. nu 99.* ideoque ejusmodi † cautela abundans non nocet *per l.* 119
testamentum, C. de testament. ubi Bald. & *Aretin. Bartol. in l. item si pupilli. §. Item si procurator, ff. de negot. gest. Sylvan. consil. 16. num. 17. Bursat. consil. 320. num. 83. lib. 3.* præsertim cum Dn. E. causas testamenti impugnandi habeat quamplurimas & gravissimas, adeoque protestatio hæc non sit dicenda inutilis aut proprio facto contraria, *per ea quæ adnotavit Bald. ad Speculat. sub tit. de testam. vers. sed pone heres,* & *in l. fin. oppos. 8. C. de edict. D. Adriani tollendo.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Quòd si verò testamentum Dn. P. pro valido habendum esset, potest quidem Dn. E. portionem hereditariam sibi assignatam in testamento acceptare, sed cùm portio ista gravata sit fideicommisso aliisque oneribus, prout ex inspectione testamenti apparet, permissum est Dn. E. detrahere † duas quartas *per d.* 120
c. Rainutius, & *c. Rainaldus, de testament. Alexand. in d. l. coheredi, §. cum filia, ff. de vulg.* & *pupill.* & *in l. in ratione, §. quod vulgò, ff. ad leg.*

Falcid. Jas. in l. filium, colu. 4. C. famil. erciscund. & in Auth. res qua, notab. 2. C. commun. de legat. & consil. 146. num. 3. vol. 4. Cagnol. in d. l. Papinianus, §. meminisse, num. 10. Cavalcan. in tract. de usufr. mulier. relict. nu. 25. Socin. jun. consil. 131. nu. 59. vol. 1. & consil. 170. nu. 22. vol. 2. & hanc communem esse Doctorum opinionem testantur Oldrad. *consil. 71. in fine. Dec. consil. 228. nu. 4. & consil. 299. nu. 3.* usuq; receptam dicit Cephal. *consil. 153. nu. 9. lib. 2.* & servari in judiciis atque scholis respondit Dec. *consil. 257. col. 2. in princip. & consil. 55. col. 5.* atq; ab universo mundo ita servari ait Guid. Pap. *decis. 52.* Jason *in d. authent. Res qua, notab. 2.* Socin. jun. *d. consil. 131. nu. 65.* Franc. Mantic. *in tract. de conjectur. ultimar. volunt. lib. 7. tit. 11. num. 6. & tit. 12. nu. 27.* multisq; probat & confirmat Andr. Gail. *2. observat. practic. 121.* & Francisc. Hotoman. *quaest. illust. 37.*

Atq; una quidem de his duabus quartis est &
121 appellatur Legitima, quae † cùm liberis debeatur jure naturae, *l. cum ratio, ff. de bon. damnat. d. l. nam etsi parentibus, ff. de inofficios. testament. § 1. authent. de trient. & semiss. § 1. authent. de hered. & Falcid. Dec. in l. quia sanguinis, ff. de regul. jur. Rol. à Valle consil. 28. nu. 31. & consil. 78. num. 2. vol. 1. & consil. 97. nu. 10. vol. 2. Natt. consil. 478. nu. 12. vol. 3. Paris. consil. 28. num. 5. vol. 3.* &
122 † non tantùm naturalibus & legitimis, sed etiam legitimatis, per ea quae responderunt Roland. à Valle *consil. 95. num. 14. vol. 3.* Decian. *consil. 50.*
123 *nu. 35. vol. 2.* omninò † liberis relinquenda est, *d. l. cum quaeritur, d. l. parentibus*, etiamsi habeant, unde sese sustentare possint, *Decian. consil. 9. n. 50. vol. 1.* neq; ea privari possunt, etiamsi patri fuissent inobedientes, *Barbat. consil. 10. col. 3. volu. 4. per authent. hoc amplius, C. de fideicomm. ss.*

Quòd autem legitima illa non possit gravari ullo onere vel conditione, in resolutione quae-
124 stionis superioris probatum est, atq; † ut de facto à patre testante gravetur, de jure tamen rejicitur, nisi gravatus illud sponte sua agnoscere velit, ut post multos alios respondit Paris. *consil. 26. nu. 20. & 21. & consil. 64. nu. 25. & consil. 81. nu. 4. vol. 2. & consil. 73. nu. 77. & consil. 59. nu. 4. vol. 3.* etiamsi onus esset reciprocum, ut probat Dec. *consil. 456. n. 3.*

In specie autem, quòd prohibitio de non alienando non extendatur ad legitimam, respondit Aretin *cons. 19. dub. 2.* & pluribus confirmat Paris. *cons. 145. n. 21. & seq. vol. 1.*

Ita etiam fideicommisso non obstante filius gravatus legitimam sibi praecipuam & ab omni onere immunem detrahit, ut docent Dd. *in l. ex tribus, C. de inoffic. testament.* Galiaul. *in l. Centurio, num. 74. 76. & 78. ff. de vulg. & pupill. substitut.* Dec. *consil. 688. num. 7.* Capr. *consil. 19.* Ancharan. *consil. 152. nu. 8.* latè Menoch. *lib. 4. praesumpt. 196. nu. 16.* eamq; in restitutione fideicommissi retinere potest, *per d. l. quoniam in prioribus, & notatur in l. cum patronus, ff. de legat. 2. & in d. l. coheredi, § cum filia, Roman. consil. 239. Angel. consil. 131. Fulgos. consil. 19. & consil. 88. dub. 2. Cuman. consil. 25. col. 2. Alexand. consil. 78. in prin. vol. 5. & consil. 3. vol. 7.* quae adeò procedunt, ut etiam locum habeant, si fideicommissum relictum sit causa piae, *Castrens. consil. 47. nu. 3. & consil. 111. col. 3. vers. nunc ergo, vol. 2. Capr. cons. 66. Dec. cons. 236. col. 3. & consil. 238. col. 2. Ruin. consil. 77. n. 1. vol. 2. Rol. à Valle consil. 25. n. 5. & consil. 76. n. 4. vol. 1. & consil. 39. n. 24. vol. 3. Tiber. Decian. consil. 86. num. 64. vol. 3.*

Nec interest, ut filius legitimam suam consequatur ab onere & gravamine liberam, testamentum in quo ipsi legitima relicta est approbet necné, quia jure cautum est, etiamsi filius testamento paterno consensisset, in quo pater legitimam gravasset, nihilominus legitimam sine onere deduci in proprietate & in usufructu, ut docent Soarez *in d. l. quoniam in prioribus, ampliat. 16. nu. 29. & seq.* Anton. Cuch. *in tract. de legitim. in glo. nec in usufructu, nu. 1.* & post alios responderunt Dec. *consil. 81.* Curt. jun. *consil. 21. col. 2. & consil. 33. num. 4.* Grammat. *consil. 145.* Socin. jun. *consil. 13. nu. 4. & 9. vol. 2.* Roland. à Valle *consil. 78. nu. 2. vol. 1.* Natt. *consil. 255. nu. 3. vol. 2. & consil. 528. nu. 27. & seq. vol. 3.* Cephal. *consil. 563. nu. 13. lib. 4.* Tiber. Decian. *consil. 86. num. 64. vol. 3.* idq; procedit etiamsi à patre major pars, quàm sit legitima, relicta sit, per allegatos à Bursato *cons. 348. n. 1. lib. 4.*

Consultum autem est, ut Dn. E. in casum, quo acceptaverit portionem sibi in testamento relictam, expressè protestetur & declaret se velle suam legitimam habere sine onere, quod consilium dant Anchar. *cons. 56. in fine*, & Cephal. *cons. 292. n. 18. lib. 2.*

Portò non tenetur Dn. E. legitimam illam suam accipere in pecunia numerata, prout pater voluit, quia † contra patris etiam volunta- 125
tem debetur, *Ripa in d. l. in quartam, nu. 114. versic. tu non discedas, Alexand. consil. 130. vol. 1.* Sed † 126
habet jus eligendi illam in quibuscunque bonis patris sui volet, ita tamen ut id faciat & eligat boni viri arbitrio, *Bartol. in l. suus quoq;, ff. de heredib. instituend. Alexand. in d. l. in quartam, n. 15. & ibidem Ripa, n. 111. & in l. filiusfamilias, § Divi, nu. 29. ff. de legat. 1.* ubi dicit, quòd judex arbitrari debet in qua re filio sit solvenda legitima, communem dicunt Paris. *cons. 16. n. 69. vol. 1. & consil. 45. n. 5. vol. eodem*, Dec. *d. cons. 81. n. 7.* Natta *consil. 156. n. 1.* Riminald. jun. *consil. 9. n. 139. vol. 1.* Afflict. *decis. Neapolit. 162. n. 3.* Bursat. *cons. 291. n. 80. lib. 3.* & quòd filius legitimam in bonis hereditariis consequatur, non in pecunia tantùm, etsi pecunia in testamento relicta sit, docet Bartol. *in d. l. suus quoq;, in fine princ. n. 10. cum apostill. l. scimus, § repletionem, ubi Alphan. collect. 110. C. de inoff. testam.* Capr. *consil. 153. n. 5.* Rol. à Valle *consil. 65. n. 31. vol. 1.* Ruin. *consil. 65. num. 5. vol. 1.* Guid. *Pap. decis. 68.* Chassan. *in consuet. Burgund. de success.* Kirchov. *commun. opin. Centur. 3. conclus. 17.* & plenissimè Bursat. *cons. 92. n. 11. lib. 1.* Ex quibus autem bonis legitima deduci possit & soleat, tractavit Menoc. *cons. 251. n. 56. usq; ad finem, lib. 3.*

Ut autem sciatur, quantum legitimae nomine ex bonis Dn. P. detrahendum sit sine onere & gravamine in testamento praetenso adjecto, ante omnia constituendum est, quantum Dn. P. in bonis suis reliquerit, de quo, cùm in facto positum sit, Jurisconsulti non respondent.

De hoc

127 De hoc verò ut constare possit, † Dn. H. tenetur justum & legitimum inventarium omnium bonorum à Dn. P. relictorum edere, *per l. fin. §. licentia, C. de jure deliber. gl. in l. cum de lege, ff. de probat. Jas. in l. cum ex causa, ff. de re judic. & cons. 34. col. 3. in fine, vol. 1. Castrens. cons. 212. col. 2. dub. 2. vol. 1. Alexand. cons. 4. in fi. vol. 3. & cons. 71. col. fin. vol. 4. Curt. jun. cons. 150. col. 5.*

128 Legitima † enim dicitur quota illius partis bonorũ, quam quis ab intestato esset consecuturus, *d. l. parentib. & d. l. cum quæritur*, atq; si defuncto liberi supersint quatuor aut pauciores, est pars tertia, si ultra quatuor est semis, juxta versiculũ: quatuor aut infra dant natis jura trientem, semissem verò dant natis quinq; vel ultra, *per auth. novissima ubi omnes post gl. & d. l. parentib. C. de inoff. testam. Cagnol. in d. l. Papinianus, §. in quarta, nu. 2. Dec. cons. 89. & cons. 228. col. penult. Crav. cons. 236. in princ. Bursat. cons. 427. n. 20. lib. 4.* ubi dicit, quòd legitima sit tertia pars ejus, quod quis ab intestato successurus fuisset, ære alieno & funeris impensa detractis, quibus accedunt Soarez *in thes. commun. opin. lit. E. nu. 223.* Gomez. *lib. 1. resol. c. 11. n. 22.* Gabr. *lib. 6. de legit. concl. 2.* Gail. *2. obs. pract. 122. n. 17. & seq.* Mynl. *cent. 4. obs. 22.*

Sed quæstionis est in casu proposito, utrum hæc legitima sit semis an verò triens, cùm certum sit defuncto plures superfuisse liberos, quàm quatuor, & tamen ad successionem ejus non admittantur plures, quàm quatuor filii?

Et quamvis hæc quæstio in utramq; partem egregiè disputari possit, decisivè tamen censeo filias hic exclusas partem facere masculis in legitima, atq; adeò legitimam Dn. E. esse semissem, sive dimidiam partem hereditatis, quæ ipsi ab intestato obventura fuerat, quæ dimidia si excedit summam 35000. florenorum, ad legitimæ supplementum, nempe quod illi deest, rectè agi posset, ad cujus quæstionis decisionis comprobationem brevitatis causa refero me ad ea, quæ responsa sunt à duobus præstantissimis Jurisconsultis, olim in gymnasio Patavino præceptoribus meis, Dn. Cephalo *cons. 245. lib. 2.* & Tiber. Deciano *cons. 46. vol. 3.* & tradita ab Andr. Gail. *d. obs. 122. n. 17.* & facit text. *in l. qui repudiantis, in princ. & l. si genus, §. fin. ff. de inoff. testam.*

Nec ulla jam si ad supplementum legitimæ agendum esset, superesset quæstio de quarta Trebellianica, quoniam illa de fideicommisso relicti detrahitur: at verò toto relicto onus fideicõmissi rejicitur. Et sunt præterea nonnulli qui existiment, quòd eo casu quo legitima est semis detractio Trebellianicæ locum non habeat, quod in medio quidem relinquit Cravet. *cons. 50. in fin.* sed disertè affirmat Didac. Covar. *in d. c. Rainutius, §. 11. n. 6. in fin.*

Quod si tamen plus quàm legitima Dn. E. relictum, vel legitima ad trientem restringenda esset, sanè nõ video cur in residuo ultra legitimam jus nõ habeat detrahendi Trebellianicam, quod fieri posse multis confirmant Didac. Covar. *d. §. 11. n. 5.* Gail. *d. obs. 121. nu. 1. & seq.* & *in thes. commun. opin.* Soarez *lit. F. n. 223. & lit. T. n. 309. & 310.* Villalob. *lit. F. n. 108.* & *ibid.* Fichard. *in addit.* Gribald. *in verb. filius.* Turzan. *opin. 142.* Kirchov. *cent. 3. concl. 77.*

Trebellianica † enim ex legis non testatoris 129
provisione debetur, *l. Titia. ff. ad leg. Falcid.* quod hodie etiam procedere probat Cephal. *cons. 153. n. 12. lib. 2. per d. c. Rainaldus, aliosq; ibi allegatos.*

Et quamvis Dn. testator Trebellianicam prohibuisse videri possit, communissima † tamen & 130
receptissima est Doctorum sententia, quòd Trebellianicæ detractio non possit prohiberi in liberis primi gradus, qua de re multis agunt Cephal. *cons. 188 nu. 23. lib. 2.* Bursat. *cons. 13. nu. 41. & cons. 89. n. 34. & cons. 132. n. 13.* Mandos. *ad Roman. cons. 185. n. 4.* Mazoll. *cons. 108. n. 4.*

Ut maximè autem † Dn. E. has quartas non 131
detraheret, liberum tamen est ipsius posteris ut hoc faciant, *Salicet. in d. l. scimus, in princ. vers. quæro, Paris. cons. 9. vol. 2. Decian. cons. 18. n. 20. vol. 2. Bursat. cons. 102. n. 14. & cons. 19. n. 36. & cons. 44. n. 19. & cons. 71. n. 20. lib. 1.*

Quinimò in casu hoc nostro liberi Dn. E. itemq; alii ipsius heredes non censentur esse gravati, sed per omnia & in omnibus ab hoc fideicommisso prætenso & alienandi prohibitione erunt liberi. Omne enim gravamen omneq; onus in Dn. E. personam dirigitur, ideoq; restringendũ, intraq; terminos à Dn. P. definitos coërcendum, præsertim † quòd fideicommissa ex sui 132
natura sint odiosa, *gl. in l. precibus, C. de impuber. & al. substitut. Cephal. cons. 268. n. 28. lib. 2. & cons. 620. n. 1. lib. 5. Decian. cons. 1. nu. 89. vol. 2. Menoch. cons. 95. n. 20. lib. 1.* atq; in dubio contra illa sit judicandum, *Dec. cons. 465. nu. 15. & cons. 593. nu. 5. & cons. 511. n. 3. Socin. jun. cons. 107. nu. 50. vol. 3. Alciat. cons. 98. n. 14. & cons. 528. Rol. à Valle cons. 56. n. 35. vol. 3. Paris. cons. 41. n. 31. vol. 3. Cravet. cons. 180. n. 1.*

Et in specie, prohibitio † de non alienando 133
facta non extenditur ad nepotes, etiamsi major sit ratio prohibitionis, idq; propter odium prohibitionis, *Cyn. Bald. & Salicet. in l. voluntas, C. de fideicommiss. Bart. & alii in d. §. Divi, & in l. Lucius, §. Sempronia, ff. de legat. 3. Natt. cons. 506. n. 7. vol. 3. Rol. a Valle cons. 89. n. 29. vol. 3. Cephal. cons. 259. n. 60. lib. 2.* ubi dicit, multum interesse prohibitio de non alienando, factáne sit in rem, an in personam, cum infinitis aliis adductis per Rol. à Valle *cons. 43. n. 48. vol. 4.*

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

EX ipso testamenti Dn. P. tenore satis apparet, quòd non de bonis alienis, sed de suis duntaxat disposuerit. In præfatione enim hujus testamenti bis facit mentionem suorum bonorum, Meines zeitlichen Haab vnd Guts / & mox, Meinen Leib vnd Gut / & postea in ipsa dispositione aliquoties, inprimis verò etiam in heredum institutione, zu rechten natürlichen Erben meiner verlassenschafft instituirt haben / quæ † particula 134
MEUM significat res Domini testatoris proprias, ipsiusq; dominio subjectas *per textum in l. solum, §. meum, ff. de rei vindic. l. Quintus, §. argento, ff. de aur. & argen. leg. §. sicuti, §. distant, ff. si servit. vind. l. si servus, ff. de legat. 3. l. rem, l. pupillus ff. de verb. signif. l. certum, §. etsi fundum, ff. de confess.* maximè quando indefinitè & absolutè ita ponitur, ut in hoc nostro casu, per ea quæ tradunt Socin. jun. *in l. naturaliter, §. nihil commune, nu. 15. ff. de acquir.*

vel amit possess. post Jason. *in l. si domus, §. si fundum, n. 3 ff. de legat.*

135 Et cùm † regulariter de bonis alienis nemo possit testari, *auth. ingressi, C. de sacrosanct. Eccles. l. conficiuntur, §. si post. ff. de jure codicill. & ibid. glos. Jas. in rubr. C. qui testamen. fac. poss.* in dubio de suis quis potius bonis, non de alterius testari præsumitur, *Bart. in l. codicillis, §. instituto, ff. de legat. 2. Dec. cons. 378. n. 1. facit l. 1. C. de sacros. Eccles.* & difficilius testator de rebus heredis sui, quàm de suis propriis disponere dicitur *Bald. consil. 239. vers. modò quæritur, vol. 2. Crav. cons. 144. n. 8. Menoch. cons. 86. n. 1. & 2. lib. 1.*

136 Hinc est, ut † verba ambigua sive communia, vel æquivoca semper debeant referri ad testatorem ejusq; bona, non ad heredem ejusvé bona, *Aret. in d. l. Gallus, §. & quid si tantum, notab. 3. per l. si quis Titio, ff. de usufr. accresc. Bart. in l. cum in testamento, ubi etiam Alex. ff. de auro & arg. leg.* ubi verba ista BONA SUA etsi comprehendere possint bona & testatoris & heredis, tamen intelliguntur de bonis testatoris, *Alex. cons. 56. col. 1. vol. 1. Socin. cons. 249. col. 10. vers. prima difficultas, vol. 2. Curt. jun. cons. 40. n. 14. & 15.*

Certum autem est bona quæ fuerunt propria matris Dn. E. eo ipso non fuisse patris ipsius, atq; adeò patrem ipsius de illis non disposuisse. Etsi enim usumfructum eorum pater habuerit, est tamen is protinus à morte patris consolidatus cum proprietate, quæ inde ab initio mortis matris Dn. E. ipsiusq; sororibus de jure communi

137 ab intestato quamprimùm obvenit. Nam † inter maritum & uxorem successio nulla est, quandiu supersunt liberi, imò etiam alii agnati vel cognati, cùm matres non minus successores habeant filios atq; habent patres, idq; ex Senatusconsulto Orfitiano, & postmodum ex constitutione Justiniani *in §. 1. auth. de hered. ab intest. venient.*

Ex quo concludo ea quæ Dn. E. in matris suæ bonis fuisse, & ab ipsa profecta probaverit, ipsi ipsiusq; sororibus ante omnia restituenda esse, nisi fortè sorores peculiari pacto aut statuto, de quo nihil mihi est cognitum, à successione matris suæ arceantur.

QUARTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

HÆc quæstio nihil habet difficultatis, utpote quæ ex superioribus per seipsam pateat. Si enim testamentum nullum est, prout nullum & invalidum esse in resolutione primæ quæstionis conclusum est, jam omnia in testamento isto disposita per seipsa concident, atq; adeò Dn. E ab intestato portionem suam absque ulla conditione ullové onere accipiet, ex qua alimenta sua à seipso habiturus est, ut inquirere opus non sit, unde alimenta ipsi sint expectanda.

Quòd si verò testamentum pro valido & justo habendum est, Dn. E. nihilominus legitimam suam nanciscetur pleno jure in suam possessionem, à qua cum omnis conditio omneq; onus rejiciatur, ut in resolutione quæstionis secundæ expositum est, quis non animadvertit Dn. E. ex illa legitima affatim sua habiturum alimenta, & præterea si causa oneris sive fideicommissi appositi ab heredibus scriptis non probabitur, in eo etiam quod erit supra Trebellianicam ipsi residuum alimenta sua habebit.

Verum enimverò non hæc fuit Dn. P. voluntas, ut Dn. E. alimentis suis necessariis eousq; dum matrimonium contraheret fraudaretur, sed ut pecunia illa 35000. florenorū certo loco collocaretur, atq; ex annuis proventibus atq; redditibus sustentaretur. Ubi & hoc animadvertendum est, vel omnes istos annuos redditus sine exceptione Dn. E. præstandos, aut si omnes præstari non deberent, eò magis suspectam reddi hanc dispositionem, quòd ex novercalibus delinimentis atq; persuasionibus processerit.

Quod si tamen portionis in testamento paterno sibi relictæ compos fieri non posset, interim omninò ipsi alimenta à coheredibus bonorum paternorum possessoribus præstanda esse censerem, argumento eorum quæ tradit Rol. à Valle *cons. 89. n. 14. vol. 3.*

QUINTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

JUssa est Domina H. à marito suo testatore conficere inventarium omnium bonorum à se relictorum, quod idem etiam jus commune ab ipsa utpote constituta suorum liberorum curatrice, & simul etiam usufructuaria desiderat.

Et quòd inter cetera curator, ut † intelligatur legitimus esse, teneatur inventarium bonorum facere, tradunt Bart. *in l. legitimus, in princ. nu. 7. & seq. ff. de legit. tut.* Ang. Aret. *in §. actionum, n. 33. & 34. Instit. de act.* idemq; de matre curatrice affirmat Borgn Cavalc. *in tract. de tutore & cur. n. 24.* & concordat deß Heiligen Reichs Policeyordnung in anno 48. zu Augspurg auffgerichtet/vnnd nachmals in anno 1577. zu Franckfurt gebessert/ *tit. 32. §.* Item daß er nach befohlner / &c. quod inventarium quomodo fieri debeat, & quas solennitates requirat habetur in textu *l. tutor qui repertorium, ff. de admin. tut. Bart. in l. tutoris, C. eod. Plot. in l. si quando, n. 237. vers. inventarium autem, usq. ad n. 243. C. unde vi.* 138

De inventario † autē ab usufructuario omniū bonorum faciendo textus est *in l. 1. §. rectè, ff. usufr. quemad. cave.* & ita communiter teneri dicunt Alex. *cons. 58. n. 8. vol. 3.* Laur. Kirch. *in thes. comm. opin. in verb. usufructuarius tenetur*, idq; adeò verum est, ut si maximè testator usufructuario confectionem invētarii remittat, usufructuarius nihilominus ad inventarium conficiendum teneatur, ut plenè tradit Rol. à Valle, *de invent. confect. parte ultima, n. 4. & seqq.* ubi id probat per multas rationes. Et in specie quòd † uxor usufructuaria inventarium conficere teneatur, docent Dd. *in l. tutores, la 2. in verb. mox, C. de adminis. tut.* Gail. *2. obs. pract. 45. in fin.* Corn. *cons. 165. vol. 4.* Petr. Joan. Anchar. *quæst. aurear. lib. 3. q. 50.* Et † cur inventarium ab usufructuario omninò fieri debeat, ratio est, quia aliâs esset impossibile, quòd fidejussores, per quos cautio usufructuaria expeditur, *juribus vulgatissimis*, fidejuberent, cum sine inventario fidejussio redderetur incerta & inanis, *Pic. in l. Titia cum testamento, §. Titia cum nuberet, quæst. 51. ff. de legat. 2. Socin. jun. cons. 115. col. 2. vol. 1. Carol. Ruin. cons. 202. n. 2. vol. 2.* 139 140 141

Cum hoc jure communi consentit etiam reformatio

formatio statutorum provincialium in S. *sub art. 51.* quæ eò magis hic attendenda sunt, quòd per ea jus commune approbetur & cõfirmetur, cùm
141 aliâs † ea etiam statuta quæ juri communi derogant, servanda sint, juriq; communi anteferenda, *l. 3. §. Divus Adrianus, ff. de sepulcr. violat. cum similibus*, atq; in specie statuta circa inventarium servanda esse dicit Vital. *in tract. clausul. in verb. nil novari invent. confect. n. 47.*

Debuit igitur Domina H. posito casu testamentũ esse validum, & de jure subsistere, & propter voluntatem mariti sui, & propter jus commune, & propter statutum peculiare, protinus à morte sui mariti inventarium cõficere, aut certò omni studio curare, ut conficeretur, quia qui defuncti voluntatem agnoscit, ei obtemperare cogitur, & tenemur omnes legibus, & quisq; etiam statutis ejus loci, in quo vivit & versatur, non tan-
143 tùm mares, sed etiam mulieres, quæ † nõ possunt ullam ignorantiam prætexere, *l. juris ignor. C. qui admitti, ubi Alex. in terminis inventarii de muliere, quæ inventarium facere debet, loquitur, col. pen. in fi. & ibi. Dec. n. 14. Benincasa. in §. omnium, n. 377. Inst. de act. Alex. cons. 165. col. 2. & cons. 119. nu. 50. vol. 6. Jas. cons. 28. col. 1. vol. 3. Natt. cons. 575. n. 22.*

144 Pœna † autem non facientis inventarium, ut ei auferantur res usufructuariæ omnes, simulq; omnia commoda quæ usufructus istius occasione habuit, juxta ea quæ respondit Ruin. *cons. 206. n. 26. vol. 2.* Dec. *cons. 607. col. 2.* Anchar. *d. q. 50. n. 10.* ubi dicit, quando cautio est petita, si non præstatur, res quæ non consumuntur, vindicantur, & quæ usu consumuntur condici possunt, allegans ad hæc *l. si usufructus nomine, ff. usufruct. quemad. cave. l. hoc Senatuscons. ff. de usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt.*

145 Quin † etiam contra non facientem inventarium in litem jurari potest, & non faciens secundum juramentum condemnari debet, ex quo juramento probabitur quantitas, qualitas & precium rerum, *Plot. in d. l. si quando n. 240. Socin. jun. cons. 46. vol. 1. Ruin. cons. 29. nu. 11. vol. 5. Paris. cons. 25. vol. 2. Afflict. decis. Neap. 360. n. 1. & 2. Anchar. d. quæst. 50. n. 3.*

Ceterùm non putamus consultum esse cautionem aliquam usufructus nomine exigi, quoniam eo ipso testamentũ comprobaretur, à quo postea recedere non liceret, quia vulgatum est,
146 quòd † id quod semel placuit amplius displicere non debeat, *c. quod semel, de reg. jur. in 6.* nec debet quis consensum, quem semel accommodavit revocare, *l. per fundum, ff. de servit. rustic. præd. l. in diem, ff. de aqu. & aqu. pluv. arcend. l. 1. §. prodest, ff. quor. leg. l. de accessionibus, § si, ff. de divers. & temp. præscript. c. requisivit, de spons.* eò verò minus cautio exigenda est, quoniam usufructus portionis Dn. E. relictæ non ad Dn. H. sed ad Dn. E. spectet, ut cautionem eo nomine ab ipsa postulare partim necessarium nõ sit, partim etiã periculosum.

Veruntamen cùm testamentum nullum sit, & Dn. H. quam intelligimus in possessione bonorum esse, eaq; restituendi facultatem habere, ad restitutionem teneatur portionis Dn. E. ab intestato debitæ, omninò etiam tenebitur inventarium legitimum exhibere, aut si id non possit, juramento suo corporali omnia bona, præsertim mobilia, quæ in hereditate defuncti fuerunt, detractis prius partim suis propriis, partim etiam quæ matris suæ fuisse Dn. E. liquidaverit, significare, atq; ita restitutionem facere, aut † si alterutrum istorum facere nequeat vel nolit, patietur 147
ut Dn. E. in litem juret, ipsa secundum juramentum illud condemnetur, per tradita à Didac. Covar. *in c. 1. n. 17. de testam. glos. in l. 2. verb. jurata fide, C. quando & quib. quarta pars, lib. 10. l. in actionibus, ff. de in litem jurand. l. sed et si lege, §. hæc verba, ff. de hered. petit. Schneid. in §. actionum, sub rubr. de petit. hered. n. 73. Inst. de act. & ibidem alii.*

Hermannus Vultejus J C. respondit mense Februario, Anno 1592. salvo cujuslibet rectius sentientis judicio.

Consilium XXX.

Quod est

HERMANNI VULTEJI J C.

nomine facultatis Juridicæ Marpurgensis conscriptum.

SUMMARIA.

1 *Descendentibus & ascendentibus deficientibus proxima est successio collateralium ab intestato.*
2 *Fiscus ab intestato ad successionem admittitur omni parentela deficiente.*
3 *Probari debet quod dicitur.*
4 *Negativa probatio per rerum naturam est impossibilis, quod declaratur n. 49.*
5 *Actori incumbit probatio, non reo.*
6 *Qualitas probanda est.*
7 *Heredem vel filium se dicens eam qualitatem probare debet.*
8 *Agnatum se dicens, se talem esse probare debet.*
9 *Consanguinitas seu cognatio non præsumitur.*
10 *Probatio esse debet concludens.*
11 *Nominatio sola non probat consanguinitatem, & n. 38. 40. 41. 42. 50. & 52.*
12 *Consanguinitas est juris naturalis.*
13 *Consanguinitas non probatur epistolis seu literis, quod declaratur n. 51.*
14 *Non sequitur hoc esse, quod ab hoc contingit abesse.*
15 *Fratrum, sororum, & ejusmodi vocabula æquivoca sunt, & n. 53.*
16 *Tractatio non probat consanguinitatem, quod limitatur n. 17. contrarium n. 43. & 54.*
18 *Probatio non relevans nihil concludit.*
19 *Probationes imperfectæ quæ conjungendæ sint, ut faciant perfectam.*
20 *Possessorium secundum quosdam non datur in consanguinitate, sed contrarium, n. 46. & 48.*
21 *Consanguinitatis probandæ requisita, & nu. 23. 24. & 55.*
22 *Consanguinei ultra decimũ gradum ad successionẽ non admittuntur, quod declaratur n. 57.*
25 *Successio est inter cognatos legitimos.*
26 *Probatio interpretanda est contra probantem.*
27 *Actore non probante reus absolvi debet.*
28 *Actus hominis constat ipsius voluntate & potestate.*
29 *Legitimatio constat legitimantis voluntate & potestate.*

30 Le-

30 *Legitimatis ex rescripto collaterales non succedunt ab intestato.*
31 *Princeps non præsumitur tertio velle præjudicare.*
32 *Legitimatio nulla est cum nulla ejus subest causa.*
33 *Specialis debet esse causa legitimationis.*
34 *Comiti Palatino asserenti causam legitimandi subesse non creditur.*
35 *Consanguinitas est difficilis probationis.*
36 *Difficilia probatu probari possunt conjecturis & indiciis.*
37 *Consanguinitas probari potest indiciis & conjecturis.*
39 *Reiteratio probationem inducit.*
44 *Consanguinitas probatur per solam etiam famam.*
45 *Conjunctio probationum ad constituendam perfectam.*
47 *Possessio consanguinitatis contrarium probandi onus transfert in negantem consanguinitatem.*
56 *Sanguinis ratio vocat ad successionem ab intestato.*
58 *Irrelevantia ad probandum admitti non debent.*
59 *In dubio contra fiscum judicandum est, & nu. 80.*
60 *Consanguinitate in genere probata intelligitur probata esse proximitas.*
61 *Legitimitas præsumitur.*
62 *Successio potest alterari.*
63 *Reciprocatio est in successionibus.*
64 *Legitimatus censetur pro legitimo.*
65 *Legitimatus per rescriptum Principis est legitimus.*
66 *Possessorio an petitorio agatur sepè non multum interest.*
67 *Possessorium probationes leviores admittit.*
68 *Possessio arguit proprietatem.*
69 *Successio post cognatos est conjugum, exinde fisci.*
70 *Provisio hominis cessare facit provisionem legis.*
71 *Regula, cujus magna vis est, semper standum.*
72 *Hereditas pactis nec datur nec adimitur.*
73 *Dispositio qualibet restrictionem accipit à verosimili mente disponentis.*
74 *Uxor marito est socia, & cum ipso eadem.*
75 *Actus ex sua causa est judicandus.*
76 *Effectus ex causa arguitur.*
77 *Cessante causa cessat ejus effectus.*
78 *Dispositio interpretanda est rebus ita stantibus.*
79 *Res qualibet facile ad suam redit originem.*
81 *Rerum suarum quilibet est moderator & arbiter.*
82 *Hereditas cedi potest.*
83 *Transmissibile est cessibile.*
84 *Cessionario competit jus omne, quod competebat cessionario.*
85 *Nemo plus juris in alium transferre potest, quàm ipse habet.*

CONTROVERSIA de successione Sempronii exoritur inter quosdam, qui hereditatem Sempronii jure cognationis sibi deberi prætendunt ex una, & fiscū loci in quo defunctus est ex altera partibus. Cum enim prætensi cognati cognationem aliter probare non possunt, quàm testibus, qui sciant Sempronium, dum viveret, ipsos agnovisse & habuisse pro cognatis suis, & sepius tam publicè quàm privatim asseverasse ipsos cognatos suos esse, itemq; ipsos in epistolis suis cognatos suos, seine freundtliche lieben Vettern nominasse, itemque ut cognatos suos ipsis invitatis ad convivia, adhibitis ad confectionem pactorum dotalium, vocatis ad nuptias suas, & quidem vehiculo à se conducto & transmisso deductis tractasse: fiscus probationi illi acquiescere non vult, quòd cognatio per ea quæ dicta sunt, non probetur sufficienter, atq; ut ipsa maximè sit probata in genere, præterea tamen in jure desideretur probatio in specie, & cum primis gradus cognationis, quod hactenus factum non sit, neque fieri possit. Atque eam ob causam fiscus hereditatem à Sempronio relictam occupavit, idq; ut intelligimus potissimùm sub prætextu specialis cujusdam privilegii Cæsarei, vigore cujus bona naturalium & spuriorum fisco deferantur.

Inde quæritur de quatuor: Unum est, Utrius partis, fiscinè an prætensorum cognatorum jura in obtinenda hereditate Sempronii potiora sint.

Alterum: Quo remedio, petitorioné an possessorio cognati hereditatem illam à fisco tutius avocare possint, & an probatio ista cognationis in possessorio sit sufficiens.

Tertium: Si cognatis remotis quæstio successionis incidat inter fiscum & uxorem Sempronii relictam, utra pars in successione præferenda sit alteri, uxorné fisco ex capite, unde vir & uxor, an verò fiscus uxori.

Quartum: An si præferenda sit uxor fisco, uxor jus suum alii cedere possit.

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ET principio quidem extra omnem controversiam est positum, si † defunctus neq; descendentes, neq; ascendentes reliquerit, proximam succedendi causam esse penes collaterales, secundum gradus prærogativam, prout definivit Justinianus *in Novell. 118. c. 3.* unde desumpta est Authen. *cessante, C. de legit. hered.* † nec fiscum ad successionem alicujus admitti, nisi deficientibus etiam collateralibus, & defuncti item conjuge. Res enim intestatorum, qui sine legitimo herede decesserunt, fisci rationibus vindicari, rescriptum est ab Imp. *in l. 1. C. de bon. vacant. lib. 10.* & ad idem sunt textus *in l. vacantia, C. eod. & in l. 1. §. si ff de jure fisci, & in l. jubemus, C. de præpos. sacr. cubic. lib. 12. & in l. 1. C. unde vir & ux. & in l. si bona, C. de bon. autorit. jud. possid. & in l. un. §. cum autem, C. de caduc. tollend. Afflict. in c. 1. verb. bona vacantia quæ sint regal. & de privileg. fisci, nu. 10. Angel. consf. 193. nu. 3. vers. quandoq; bona defuncti. Peregrin. de jure fisci, lib. 4. tit. 3. n. 1.*

Itaque dubium non est, quin cognatorum prætensorum jura fisci juribus potiora sint, si de cognatione illa constaret liquidò, quæ ex eo, quod à fisco negatur, dubia redditur.

Cùm autem cognati prætensi cognationem affirment,

affirment, omninò necesse habent eam probare ad eum effectum ut succedere possint. Genera-
3 le enim est, ut † non sufficiat dicere, nisi id quod dicitur, si negetur, probetur *per glos. in l. 1. §. interdum autem, verb. esset ff. si quadrup. pauper. fecisse dicet. & glos. in l. 2. verb. aspectu, ff. de fer. & glos. in l. Praetor ait, la 2. ff. vi bonor. raptor. c. plerunq; in fine, 2. quaest. 7. c. non est, de consuetud. in 6.* sicuti & illud, quod affirmanti sive dicenti probatio incumbat, non neganti, *l. eum qui, l. quinquaginta, §. nam si creditum, l. quoties, §. qui de*
4 *dolo, ff. de probat. l. fin. ff. de solut.* cùm † aliàs etiam negativae probatio per rerum naturam censeatur esse impossibilis, ut post alios à se allegatos confirmant Andr. Gail. *de pignorat. cap. 17. num. 7.* Herculan. *de proband. negat. num. 124.* Dec. *consil. 173. num. 3.* Paris. *consil. 13. num. 16. vol. 3.* Cravet. *consil. 867. num. 1. vol. 5.* & negativa eo ipso probata intelligatur, quòd contrarium ejus demonstrari nequeat, *l. 1. C. de probat. glos. in l. 2. verb. compellere, C. de jure emphyteut. Rip. in l. ex facto, §. si quis rogatus, num. 7. ff. ad Senatusconf. Trebell. Cephal. consil. 438. num. 15. & seq. & consil. 377. num. 11. vol. 4.* ubi dicit, quòd omnes negationes sint liquidae juris probationes, ut eo ipso remaneant probatae, quòd contrarium non probetur, allegans Baldum *in c. 1. num. 1. versic. item quia omnes, de probat.* quae probatio tantò magis praetensis cognatis incumbere videtur, quòd
5 ipsi sint actores, & regula sit † actori probationem incumbere, non Reo, *text. est in l. exceptionem, C. de probat. & in l. siquidem, C. de except.*

Quibus accedit, quòd sese in qualitate cognationis sive consanguinitatis fundant, cujus jure ad successionem adspirant. Atqui cautum est
6 jure, ut † is probare debeat qualitatem, qui se in ea fundat, ut post alios docent Felin. & Dec. *in cap. 2. de rescript.* Marsil. *in l. si quis, num. 113. ff. de quaest.* quod pro singulari reputat idem Marsil. *singul. 187.* & qualitatem, quae est causa ut quis audiatur vel admittatur, probandam esse est text. *in l. ait Praetor, §. docere, ff. vi bonor. raptor. l. actor quod asseverat, ff. de probat.* sive agens sive excipiens eam alleget, idq; juris esse non incerti respondit Cravet. *consil. 913. num. 6. vol. 9.* adeò ut qui eam non probaverit in causa succumbat, *per l. non ignorat, & ibidem Bart. & Bald. C. de his qui accus. non poss.* Wesembec. *cons. 13. nu. 43.* Mascard. *conclus. 1247. nu. 1. vol. 3.* idq; esse generale ac perpetuum, ut quicunq; vult admitti, vel petit aliquid ut talis, debeat se ut talem docere, aliàs succumbit, tradit Fulv. Pacian. de probat *lib. 2. c. 6. nu. 8.*

7 Hinc † agens tanquam heres probare debet se heredem esse, *Decian consil. 42. num. 1. vol. 5.* & agens ut proximior probare debet se proximiorem esse, *Dec. cons. 321. col. 2.* & qui agit ut filius, vel qui conventus excipit quòd sit filius, probare debet se filium esse, siquidem adversarii ipsius intentio fundata est in negativa, quòd filius non sit, ut notavit Castrens. *in l. liberorum num. 5. vers. breviter videtur, ff. de his qui not. infam.* idemq; ibidem ante Castrensem docuit Angel. *n. 2. vers. finaliter concludo,* aliiq; censuerunt relati à Paciano *d. c. 6. n. 6.*

Et in specie, quòd is, qui † se agnatum sive 8
consanguineum esse dicit, atq; ex eo sibi jus succedendi in bonis alicujus defuncti competere praetendit, probare debeat, se agnatum sive consanguineum esse, est text. *in c. licet ex quadam, de testib.* & tradunt Jas. *in l. si potest, n. 83 ff. de acquir. vel omittend. hered.* Didac. Covar. *lib. 2. var resol. c. 6. num. 6.* Dec. *cons. 13. col. 2. & cons. 222 nu. 8 vers. sextò hoc idem confirmatur. & cons. 321. n. 5. & consil. 471. in princ. & cons. 531. n. 4.* Castrens. *cons. 175. vol. 2.* Socin. sen. *cons. 47. num. 16. vol. 4.* Socin jun. *cons. 86. nu 34. vol. 2.* Paris. *cons. 51 nu. 8. vol. 2.* Mandell. *cons. 61. nu. 1.* Rol. à Val. *cons. 63. nu. 11. vol. 1. & cons. 32. num. 18. vol. 3* idq; juris esse manifesti respondit Mynf. *respons. 12. nu. 10.* idem scribit Florian. *in l. 1. ff. de probat.* dicens, quòd mihi probatio incumbat, si dixero me esse de aliqua agnatione, ut succedam, & ibid Ang. *vers. nota quod allegans,* & Alber. *n. 1. in princ.* nec dissentit Schrad. *de feud. part. 10. sect. 18. nu. 160.* ubi ait, quòd qui in judicio agit tanquam filius vel agnatus, adversario negante illum filium vel agnatum esse, ante omnia probare debeat, se filium vel agnatum es-
se. Consanguinitas † enim sive cognatio non 9
praesumitur, sed probanda est. *per text. in d. l. 1. ff. de probat. & in l 6. C. de fide instrum. & in l. non epistolis, C. de probat.* maximè quoties allegatur consanguinitas non admodum propinqua, sed, ut in proposito nostro, remotior, quae difficilius demonstratur, *Castrens. cons. 56. n. 4. & seq. vol. 1.*

Et verò † probationem ut in omnibus, ita et- 10
iam in consanguinitate probanda oportet esse concludentem & certam, quod cum in genere receptum sit per gl. *in c. in praesentia, verb. dubium,* & ibi Canonist. communiter *de probat.* Legist. *in l. inter stipulantem, §. si Stichum, ff. de verb. obligat.* Bald *in l. quoties, § si quis ita, nu. 2. & 3 de hered. instituend.* tum verò in consanguinitatis probatione respondit Alex. *cons. 182. nu. 10. vol. 7.* Paris. *cons. 115. n. 6. vol 4.* cujusmodi probationem esse quam actores in proposito praetendunt, vix est, ut ex jure doceri queat.

Sola † enim nominatio consanguinitatem nō 11
probat, text. est *in l. neq; professio, C. de testament.* & glos. *in c. per tuas, de probat.* quam esse notabilem respondit Decian. *cons. 40. nu 6. vol. 5.* & nominationem solam non sufficere pro regula ponit Menoch. *de arbitrar. judic. quaest. casu 89. num. 77.* eamq; communem esse Doctorum conclusionem testantur Paris. *cons. 10. nu. 15. vol. 2.* Alexand. *cons. 90. num. 15. vol. 6.* & pro communiore refert Rol. à Valle *cons. 22. n. 4. vol. 3* Ejusq; regulae ratio
manifesta est ex eo quòd † consanguinitas ortum 12
habet à natura, ideoq; non potest oriri ex sola nominatione, *Bald in l. non epistolis, C. de probat. Mascard. conclus. 69. n. 9. vol. 1.* vel ut Wesemb. ait *cons. 13. nu 47.* quia consanguinitas sita est non in nomine, sed in natura, quod commune esse Doctorum placitum dicunt Dec. *in d. c. per tuas, n. 8.* Paris. *d. cons. 10. n. 15. & cons. 11. n. 23. vol. 2.*

Nec quidquam relevat, quod in literis sive epistolis suis ad actores missis Sempronius ipsos consanguineos, seine günstige vel freundtliche liebe Vettern appellaverit, quia ratio modò dicta cur ex nominatione sola non inferatur necessariò consanguinitas, aequè habet locum in nominatione

natione facta per scripturam, atq; in nominatio-
13 ne facta oretenus, & quòd † epistolis consanguinitas non probetur disertus est textus *in l. non epistolis, & in l. non nudis, C. de probat.* & dicit Castr. *in d. l. non epistolis*, per literas assertorias consanguinitatis nō induci consanguinitatem, nec probari si simpliciter sint emissæ propter aliud. Quo facit, quod respondit Wesenb. *d. cons. 13. n. 47.* ad successionem acquirendam, vel possessori auferendam nominationem nunquam sufficere.

Atq; illud est quod consuluit Jason *cons. 81. n. 2. vol. 1.* assertivam enunciationem sive nominationem non inducere probationem, sed nec præsumptionem consanguinitatis in præjudicium aliorum, qui nominationi non consenserunt, quod idem de probatione notatur à Baldo & aliis *in d. l. neq; professio*, & Jasone *in l. si posthumus, §. si quis, nu. 9. ff. de liber. & posthum.* Ruin. *cons. 149. nu. 42. vers. non obstat etiam, vol. 5.* & Paris. *cons. 59. n. 7. & 17. vol. 4.* & de præsumtione à Panorm. Butr. & Imol. *in c. ex parte, de restit. spoliat.* & Castrens. *in d. l. non epistolis, & in d. l. non nudis.* Menoch. *cons. 687. n. 23. vol. 7.*

14 Nec † sequitur hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *vulg. l. neq; natales, C. de probat.* Multi
15 † enim, inquit Wesemb. *d. cons. 13. nu. 47.* se invicem compellant ac salutant amore vel familiaritate fratres, wie die Stallbrüder vnnd Dutzbrüder / aut ejusdem nominis etiam remotissimæ, sorores, ut in Germania vicinę mulieres, aut aliâs aliqua ratione junctæ se vocant Schwestern / aut cognatos, Vettern / *l. nemo, ff. de hered. instituend.* quem textum ita confirmat Anchar. *cons. 52. nu. 8.* quod idem respondit Decian. *d. cons. 40. nu. 3.* & ante ipsos Bald. *in d. l. neq; professio, in fine*, ubi dicit ex usu & affectione quandoque fratres dici, quod idem respondit Castrens. *d. cons. 151. n. 1. vers. tertio videtur*, & facit quod refert Azo *in d. l. non epistolis, n. 3.* per epistolam non tolli substantiam veritatis: Sepè enim in talibus epistolis appellamus eos dominos, qui non sunt. Atq; hoc ipsum quotidiana testatur experientia, qua videmus etiam eos qui nulla se sanguinis necessitate attingunt, sibi nomina consanguinitatis adsciscere & mutuò usurpare, quæ tamen nullum jus sanguinis aut successionis alicujus important, de qua novissimè Pacian. *de probat. lib. 2. c. 12. n. 9.* testatur, dicens, quòd multi fraterna caritate se diligant, & se tractent ad instar fratrum, eoq; nomine se vocent, licet fratres non sint.

Multò minus videtur relevare probatio, quæ
16 † ex tractatu sumitur, quia ut maximè filiatio ex tractatu probetur, puta quòd tunc demùm pro filio aliquis tractari dicitur, quando is tenetur in domo, ipsiq; in domo alimenta præstantur, tametsi ne hoc quidem solum sufficiat, siquidem alimenta intuitu pietatis vel alia de causa præstari potuerunt, *per text. in c. transmissæ, qui filii sint legit.* quod omnes *ibi* sequi affirmant Paris. *d. cons. 10. n. 17.* & Decian *d. cons. 40. n. 7.* fraternitatem tamen & multò magis ulteriorem consanguinitatem ex tractatu aliquo probari non posse consuluit Castrens. *d. cons. 151.* Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 789. n. 15. vers. secundò intellige*, & plenè Wesemb. *d. cons. 13. num. 48.* ubi dicit, licet quo ad descendentes nominatio & tractatio aliquam quasi possessionem parentelæ inducat, non tamen idem obtinet in parentela collateali, quia nō est perinde favorabilis, nec hoc peræquè invenitur jure cautum, ut de parentela lineæ rectæ.

Neq; satis est tractatum probari in genere, sed necesse est tales probari actus, ex quibus necessariò inferatur tractatus, qui † non conveniat alii, 17
quàm cognato sive consanguineo, ut voluerunt Socin. sen. *cons. 39. n. 5. & seq. vol. 1.* & Paris. *cons. 13. n. 18. vol. 2.* allegati à Wesemb. *d. cons. 13. n. 48.* cujusmodi nō sunt actus illi invitatorii ad nuptias, & adhibitorii ad hoc vel illud negocium, cùm ex usu quotidiano etiam prorsus extranei ad ejusmodi actus adhiberi soleant, ut iterum hic verum sit quod suprà dictum est, non probare hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, & † probatio- 18
nem, quæ non relevat, nihil concludere, *d. c. in præsentia. Bald. in l. multis, C. de liberal. caus.* quia probatio non concludens non reputetur pro probatione, ut notat Bald. *in l. matrem, C. de prob.*

Nec dici potest, quòd † licet istę præsumptio- 19
nes & conjecturæ non sufficiant per se solæ considerata, sufficiant tamen & probent conjunctæ, quia, ut dicit Barbat. *cons. 27. nu. 28.* hæ omnes reputantur pro una, & ab uno fonte descendunt, & cùm quælibet in sua specie non sit perfecta consequenter nō possunt jungi ad faciendam unam perfectam, ut latè tradit Jason & alii communiter *in l. admonendi, ff. de jurejur.* atq; ita respondit Cravet. *cons. 991. n. 11. vol. 6.*

Hinc est, quòd † nonnulli negant, æquè pos- 20
sessorium aliquod reperiri in quæstione fraternitatis aut ulterioris consanguinitatis, atq; reperitur in filiatione, quia illud in collateralibus proditum non sit, per ea quæ scribunt Cyn. *in d. l. non epistolis, in fine.* Anchar. *cons. 52. n. 7. & 8.* & verò ne prodi quidem potuerit, cùm ex nominatione & tractatione in quasi possessione filiationis quis constituatur, quę nominatio & tractatio in collateralibus nullum effectum habeat, argumento eorum, quæ tradunt Bald. *cons. 377. vol. 1.* Dec. *d. cons. 321. n. 9.* Menoch. *cons. 321. nu. 7. vol. 4.* Tiraquell. *de retract. consang. §. 1. gl. 16. n. 2. & 4.*

Sed detur consanguinitatem per ea quæ dicta sunt, satis probari, & ex nominatione atq; tractatione illa actores in quasi possessione consanguinitatis constitutos esse, tamen ne sic quidem intentionem suam probasse videntur, ut ad successionem sint admittendi. Neq; enim † agnatio- 21
nem sive consanguinitatem in genere probari sufficit, sed præterea requiritur, ut probetur & gradus consanguinitatis & proximitas ejusdem. Atq; gradum consanguinitatis specificè probandum esse, notat Innocent. *in c. super his, de accusa.* Cyn. & alii *in l. 2. C. de jure emphyt.* Bartol. & Doctores *in l. hoc jure, ff. de verbor. obligat.* Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 69. n. 4.* Ancharan. *d. cons. 52. n. 7.* Alexand. *cons. 82. n. 1. vol. 1.* Decian. *cons. 24. nu. 62. vol. 1.* Menoch. *cons. 673. n. 3. vol. 7.* Wesembec. *cons. 13. nu. 45.* idq; juris esse manifesti respondit Mynsing. *d. respons. 12. nu. 10* eamq; opinionem se indubitanter credere veriorem esse dicit Angel. Aretin. *in l. sed si de sua, ff. de acquir. vel omit. hered.* & opinionem contrariam non posse defendi, nisi prius probato agnationis gradu consuluit Decius *cons. 321. num. 13.* unde infert Mascard. *d. conclus. 69.*

cluſ. 69. num. 4. & concluſ. 410. num. 21. agnationem non probari per teſtes ſine expreſſione gradus deponentes, cùm probatio agnationis non cadat ſub ſenſum teſtis, ſed conſiſtat in jure, eodemq; faciunt quæ ſcripſit Weſemb. *d. conſ. 13. nu. 45.*

Cumprimis verò id fieri neceſſe eſt, cùm de
22 ſuccedendo eſt controverſia, ſiquidem † non omnes conſanguinei indiſtinctè ad ſucceſſionem jure noſtro admittuntur, ſed ad decimum uſque gradum, his qui ulteriores ſunt, inde excluſis & vel conjugibus, vel ſi non ſint fiſco admiſſis, differentia illa juris antiqui, quæ erat inter agnatos & cognatos, de qua apparet *ex §. fin. Inſt. de cogn. ſucceſſ. & l. 1. §. hoc autem, ff. unde cogn. & in l. non facile. ff. de gradib.* ſublata. Jure enim novo tam cognati, quàm agnati ad decimum uſq; gradum admittuntur, gloſſa eſt ordinaria *in d §. fin. & ibidem* Faber, Angel. & Doctores communiter, *& in authent. in ſucceſſione, C. de ſuis & legit.* ubi Bartolus & alii omnes, *& in d. Novell. 118. cap. 3.* Azo *in ſumma, C. de legit. hered.* Bartol. *in l. fin. num. 2. C. unde legit. & ibidem* Salicet. *num. 4.* Bald. *num. 17.* Alexand. *num 3.* Corn *num 3.* Dec. *num. 10.* Jaſ. *in verſ. quintò principaliter limita.* Gomez *ad legem Tauri, l 8. num 5.* eamq; communem eſſe ſententiam teſtatur Weſembec. *in parat. ff. unde cognati, num. 4. & in d. §. fin. num. 1. verb. decimo gradu,* atque eo jure nos uti refert Mynſing. *in d. §. fin. n. 4.* quod notandum eſſe monet Schneid. *in tertio ordine ſucced. num. 40.* & tum demum quaſi poſſeſſionem parentelę vel ſanguinis abſque gradus computatione ſufficere, & transferre onus probandi in adverſarium, reſpondit Calcan. *conſil. 8. num. 2. verſic. cùm ergò communis*, quando ſumus in materia, quæ excedit decimum gradum à jure civili conſideratum in ſucceſſionibus. Idem voluit Weſembec. *conſil. 41. num. 95.* dicens jure civili non tantùm conſanguinitatem probandam eſſe, ſed etiam gradum, ut appareat an ſucceſſionis ſit capax, quia non omnes conſanguinei indiſtinctè ad ſucceſſionem admittuntur, ſed tantùm ad decimum gradum, atque in eo omnes Doctores convenire, ut quinq; gradus ſint probandi & diſtinguendi de jure Pontificio, de jure Cæſareo decem, conſuluit Dec. *d. conſil. 321. num. 6.* Hinc poſt Maſuer. & rectè tradidiſſe Tiraquel. *de retract. municip. §. 1. gloſ. 16. num. 9.* affirmat Peregrin. *de jure fiſci lib. 4. cap. 3. num. 3.* quòd veniens ad ſucceſſionem teneatur probare gradus conſanguinitatis, nec ſufficiat, ſi in genere probet, quòd ſe viciſſim conſanguineos appellabant. Atque hanc ſententiam noviſſimè pluribus confirmavit Pacianus *d. cap. 12. num. 44. & ſeq.* ubi concludit, quòd quando ſumus in materia ad certum gradum limitata, prout contingit de jure communi in ſucceſſionibus ab inteſtato, quæ dantur agnatis uſque ad decimum gradum, tunc procedat opinio, qua dicimus eſſe neceſſariam graduum probationem, cùm in ea militet argumentum dubiæ probationis naſcentis ex indeterminata conſanguinitate, quæ cùm poſſit includi & non includi intra gradum limitatum, non probet concludenter intentionem illius, qui petit ſucceſſionem. Nam agnatus multùm remotus æquiparatur extraneo, ut ait Brunus *conſil. 80. num. 17. vol. 1.* & appellationem, Vettern/ eſſe planè generalem, cùm etiam attinentes remotiſſimi ſic vel vulgò appellentur, ait Weſembec. *d. conſil. 13.* tamq; hodie eſt notorium, ut probatione ulla non indigeat, ut quò magis hoc ſeculo appellationibus iſtiuſmodi abutimur, eò magis gradus conſanguinitatis in controverſia ſucceſſionum probandus eſſe videatur, ſi de eo non conſtet.

De † proximitate verò gradus in ſucceſſionibus probanda præter allegatos id docuit Angel. 23
Aret. *in §. actionum, n. 77. verſ. ſi autem ab inteſtato. Inſtit. de action.* ubi ait neceſſe eſſe, ut qui venit ab inteſtato, probet ſe eſſe vel de ſuis, vel de liberis, vel de agnatis, vel de cognatis & proximioribus. Nam non ſufficit, inquit, quòd probem me eſſe de agnatis, niſi probem me proximiorem, *per l. poſthumorum, ff. de injuſt. irrit. rupt. teſtam. §. ita demùm. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. deferunt. § proximus, Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ. l. 1. §. proximum, ff. unde cogn. Idem tenuit Franc. Aret. in d. l. ſed etſi de ſua, col. antepenult. verſ. tangit etiam hic. Fulg. conſ. 184. n. 1. Socin. jun. conſ. 26. nu. 10. verſ. & ad contrarium reſponderi poteſt, vol. 2.*

Sed † ultra hæc ad probandam conſanguini- 24
tatem ad effectum ſucceſſionis habendę, quidam etiam hoc probari deſiderant, quòd conſanguinitas ex legitimo matrimonio contracta ſit, & quòd perſonæ intermediæ, à quibus ſucceſſurus deſcendit, natæ ſint ex legitimo matrimonio. Ita reſpondit Nicol. Everh. *conſ. 22. nu. 1. & ſeq.* Neq;
id omninò ſine ratione. Succeſſio † enim inter 25
eos eſt, qui invicem cognati ſunt ex matrimonio juſto, non etiam inter eos, qui ex illicito aliquo coitu ſe invicem neceſſitudine aliqua attingunt, prout conſtat ex his, quæ ſcripſerunt Doctores noſtri *de ſucceſſione ab inteſtato*, & cumprimis Valent. Forſterus *de ſucceſſ. ab inteſt. lib. 6. c. 10. & 11. & lib. 8. c. 10. 11. 12. & 13.*

Quandoquidem igitur in propoſito gradus conſanguinitatis & proximitas deſignatè & diſtinctè probari non poteſt, neque etiam conſanguinitas legitima doceri, non videtur concludenter ad obtinendam ſucceſſionem conſangui-
nitatem probatam eſſe, atque † adeò probatio- 26
nem eſſe irrelevantem, & contra probantem interpretandam, ut notat gloſ. *in d. c. in præſentia, verb. dubium*, quomodo in terminis conſanguinitatis non probatæ conſulendo argumentati ſunt Dec. *d. conſ. 321. col. 2. & num. 12. verſ. non obſtat.* Alexand. *conſ. 82. vol. 1. & conſ. 182. num. 10. vol. 7.* Cuman. *conſil. 43. col. 1.* Corn. *conſ. 341. vol. 1.* Ancharan. *conſil. 52. num. 8. verſic. item ſtatutum.* Capra *conſil. 156. num. 6. vol. 2.* Nevizan. *conſil. 10. nu. 9.* Weſembec. *d. conſil. 13. num. 45. & ſeq.* Cravet. *conſil. 913. num. 6. vol. 5.* & docendo ſecuti ſunt Alciat. *de præſumpt. 28. reg. 1. num. 9.* Tiraquell. *de retract. conſanguin. §. 11. gloſ. 1. num. 9. verſ. ſed hanc tamen.* Couvarr. *d. c. 6. n. 6.* Gabriel. *lib. 1. commun. opin. concl. 6. n. 24.* Maſcard. *d. concl. 69. num. 5. & d. concl. 410. n. 21.*

Atqui regula eſt, ut † actore non probante 27
Reus abſolvendus veniat, *l. qui accuſare, C. de edend. c. ex literis, de probat. c. fin. de jurej.* etiam tum cùm facto probato actor deficit in probandis ejus qualitatibus, per doctrinam Bartoli *in l. Di-*

natione facta per scripturam, atq; in nominatio-
13 ne facta oretenus, & quòd † epistolis consanguinitas non probetur disertus est textus *in l. non epistolis, & in l. non nudis, C. de probat.* & dicit Castr. *in d. l. non epistolis*, per literas assertorias consanguinitatis nō induci consanguinitatem, nec probari si simpliciter sint emissæ propter aliud. Quo facit, quod respondit Wesenb. *d. cons. 13. n. 47.* ad successionem acquirendam, vel possessori auferendam nominationem nunquam sufficere.

Atq; illud est quod consuluit Jason *cons. 81. n. 2. vol. 1.* assertivam enunciationem sive nominationem non inducere probationem, sed nec præsumptionem consanguinitatis in præjudicium aliorum, qui nominationi non consenserunt, quod idem de probatione notatur à Baldo & aliis *in d. l. neq; professio*, & Jasone *in l. si postumus, §. si quis, nu. 9. ff. de liber. & postum.* Ruin. *cons. 149. nu. 42. vers. non obstat etiam, vol. 5.* & Paris. *cons. 59. n. 7. & 17. vol. 4.* & de præsumtione à Panorm. Butr. & Imol. *in c. ex parte, de restit. spoliat.* & Castrens. *in d. l. non epistolis, & in d. l. non nudis.* Menoch. *cons. 687. n. 23. vol. 7.*

14 Nec † sequitur hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, *vulg. l. neq; natales, C. de probat.* Multi
15 † enim, inquit Wesemb. *d. cons. 13. nu. 47.* se invicem compellant ac salutant amore vel familiaritate fratres, wie die Stallbrüder vnnd Dutzbrüder / aut ejusdem nominis etiam remotissimæ, sorores, ut in Germania vicinę mulieres, aut aliâs aliqua ratione junctæ se vocant Schwestern / aut cognatos, Vettern / *l. nemo, ff. de hered. instituend.* quem textum ita confirmat Anchar. *cons. 52. nu. 8.* quod idem respondit Decian. *d. cons. 40. nu. 3.* & ante ipsos Bald. *in d. l. neq; professio, in fine*, ubi dicit ex usu & affectione quandoque fratres dici, quod idem respondit Castrens. *d. cons. 151. n. 1. vers. tertio videtur*, & facit quod refert Azo *in d. l. non epistolis, n. 3.* per epistolam non tolli substantiam veritatis: Sępè enim in talibus epistolis appellamus eos dominos, qui non sunt. Atq; hoc ipsum quotidiana restatur experientia, qua videmus etiam eos qui nulla se sanguinis necessitate attingunt, sibi nomina consanguinitatis adsciscere & mutuò usurpare, quæ tamen nullum jus sanguinis aut successionis alicujus important, de qua novissimè Pacian. *de probat. lib. 2. c. 12. n. 9.* testatur, dicens, quòd multi fraterna caritate se diligant, & se tractent ad instar fratrum, eoq; nomine se vocent, licet fratres non sint.

Multò minus videtur relevare probatio, quæ
16 † ex tractatu sumitur, quia ut maximè filiatio ex tractatu probetur, puta quòd tunc demùm pro filio aliquis tractari dicitur, quando is tenetur in domo, ipsiq; in domo alimenta præstantur, tametsi ne hoc quidem solum sufficiat, siquidem alimenta intuitu pietatis vel alia de causa præstari potuerunt, *per text. in c. transmisse, qui filii sint legit.* quod omnes *ibi* sequi affirmant Paris. *d. cons. 10. n. 17.* & Decian *d. cons. 40. n. 7.* fraternitatem tamen & multò magis ulteriorem consanguinitatem ex tractatu aliquo probari non posse consuluit Castrens. *d. cons. 151.* Mascard. *de probat. vol. 2. conclus. 789. n. 15. vers. secundò intellige*, & plenè Wesemb. *d. cons. 13. num. 48.* ubi dicit, licet quo ad descendentes nominatio & tractatio aliquam quasi possessionem parentelæ inducat, non tamen idem obtinet in parentela collaterali, quia nō est perinde favorabilis, nec hoc peræquè invenitur jure cautum, ut de parentela lineæ rectæ.

Neq; satis est tractatum probari in genere, sed necesse est tales probari actus, ex quibus necessariò inferatur tractatus, qui † non conveniat alii, 17
quàm cognato sive consanguineo, ut voluerunt Socin. sen. *cons. 39. n. 5. & seq. vol. 1.* & Paris. *cons. 13. n. 18. vol. 2.* allegati à Wesemb. *d. cons. 13. n. 48.* cujusmodi nō sunt actus illi invitatorii ad nuptias, & adhibitorii ad hoc vel illud negocium, cùm ex usu quotidiano etiam prorsus extranei ad ejusmodi actus adhiberi soleant, ut iterum hic verum sit quod suprà dictum est, non probare hoc esse, quod ab hoc contingit abesse, & † probatio- 18
nem, quæ non relevat, nihil concludere, *d. c. in præsentia. Bald. in l. multis, C. de liberal. caus.* quia probatio non concludens non reputetur pro probatione, ut notat Bald. *in l. matrem, C. de prob.*

Nec dici potest, quòd † licet istę præsumptio- 19
nes & conjecturæ non sufficiant per se solæ consideratæ, sufficiant tamen & probent conjunctæ, quia, ut dicit Barbat. *cons. 27. nu. 28.* hæ omnes reputantur pro una, & ab uno fonte descendunt, & cùm quælibet in sua specie non sit perfecta consequenter nō possunt jungi ad faciendam unam perfectam, ut latè tradit Jason & alii communiter *in l. admonendi, ff. de jurejur.* atq; ita respondit Cravet. *cons. 991. n. 11. vol. 6.*

Hinc est, quòd † nonnulli negant, æquè pos- 20
sessorium aliquod reperiri in quæstione fraternitatis aut ulterioris consanguinitatis, atq; reperitur in filiatione, quia illud in collateralibus proditum non sit, per ea quæ scribunt Cyn. *in d. l. non epistolis, in fine.* Anchar. *cons. 52. n. 7. & 8.* & verò ne prodi quidem potuerit, cùm ex nominatione & tractatione in quasi possessione filiationis quis constituatur, quę nominatio & tractatio in collateralibus nullum effectum habeat, argumento eorum, quæ tradunt Bald. *cons. 377. vol. 1.* Dec. *d. cons. 321. n. 9.* Menoch. *cons. 321. nu. 7. vol. 4.* Tiraquell. *de retract. consang. §. 1. gl. 16. n. 2. & 4.*

Sed detur consanguinitatem per ea quæ dicta sunt, satis probari, & ex nominatione atq; tractatione illa actores in quasi possessione consanguinitatis constitutos esse, tamen ne sic quidem intentionem suam probasse videntur, ut ad successionem sint admittendi. Neq; enim † agnatio- 21
nem sive consanguinitatem in genere probari sufficit, sed præterea requiritur, ut probetur & gradus consanguinitatis & proximitas ejusdem. Atq; gradum consanguinitatis specificè probandum esse, notat Innocent. *in c. super his, de accusa.* Cyn. & alii *in l. 2. C. de jure emphyt.* Bartol. & Doctores *in l. hoc jure. ff. de verbor. obligat.* Mascard. *de probat. vol. 1. concl. 69. n. 4.* Ancharan. *d. cons. 52. n. 7.* Alexand. *cons. 82. n. 1. vol. 1.* Decian. *cons. 24. nu. 62. vol. 1.* Menoch. *cons. 673. n. 3. vol. 7.* Wesembec. *cons. 13. nu. 45.* idq; juris esse manifesti respondit Mynsing. *d. respons. 12. nu. 10* eamq; opinionem se indubitanter credere veriorem esse dicit Angel. Aretin. *in l. sed si de sua, ff. de acquir. vel omit. hered.* & opinionem contrariam non posse defendi, nisi prius probato agnationis gradu consuluit Decius *cons. 321. num. 13.* unde infert Mascard. *d. conclus. 69.*

clus. 69. num. 4. & conclus. 410. num. 21. agnationem non probari per testes sine expressione gradus deponentes, cùm probatio agnationis non cadat sub sensum testis, sed consistat in jure, eodemq; faciunt quæ scripsit Wesemb. d. cons. 13. nu. 45.

Cumprimis verò id fieri necesse est, cùm de
22 succedendo est controversia, siquidem † non omnes consanguinei indistinctè ad successionem jure nostro admittuntur, sed ad decimum usque gradum, his qui ulteriores sunt, inde exclusis & vel conjugibus, vel si non sint fisco admissis, differenria illa juris antiqui, quæ erat inter agnatos & cognatos, de qua apparet ex §. fin. Instit. de cogn. success. & l. 1. §. hoc autem, ff. unde cogn. & in l. non facile. ff. de gradib. sublata. Jure enim novo tam cognati, quàm agnati ad decimum usq; gradum admittuntur, glossa est ordinaria in d. §. fin. & ibidem Faber, Angel. & Doctores communiter, & in authent. in successione, C. de suis & legit. ubi Bartolus & alii omnes, & in d. Novell. 118. cap. 3. Azo in summa, C. de legit. hered. Bartol. in l. fin. num. 2. C. unde legit. & ibidem Salicet. num. 4. Bald. num. 17. Alexand. num. 3. Corn num. 3. Dec. num. 10. Jas. in vers. quintò principaliter limita. Gomez. ad legem Tauri, l. 8. num. 5. eamq; communem esse sententiam testatur Wesembec. in parat. ff. unde cognati, num. 4. & in d. §. fin. num. 1. verb. decimo gradu, atque eo jure nos uti refert Mynsing. in d. §. fin. n. 4. quod notandum esse monet Schneid. in tertio ordine succed. num. 40. & tum demum quasi possessionem parentelę vel sanguinis absque gradus computatione sufficere, & transferre onus probandi in adversarium, respondit Calcan. consil. 8. num. 2. versic. cùm ergò communis, quando sumus in materia, quæ excedit decimum gradum à jure civili consideratum in successionibus. Idem voluit Wesembec. consil. 41. num. 95. dicens jure civili non rantùm consanguinitatem probandam esse, sed etiam gradum, ut appareat an successionis sit capax, quia non omnes consanguinei indistinctè ad successionem admittuntur, sed tantùm ad decimum gradum, atque in eo omnes Doctores convenire, ut quinq; gradus sint probandi & distinguendi de jure Pontificio, de jure Cæsareo decem, consuluit Dec. d. consil. 321. num. 6. Hinc post Masuer. & rectè tradidisse Tiraquel. de retract. municip. §. 1. glos. 16. num. 9. affirmat Peregrin. de jure fisci lib. 4. cap. 3. num. 3. quòd veniens ad successionem teneatur probare gradus consanguinitatis, nec sufficiat, si in genere probet, quòd se vicissim consanguineos appellabant. Atque hanc sententiam novissimè pluribus confirmavit Pacianus d. cap. 12. num. 44. & seq. ubi concludit, quòd quando sumus in materia ad certum gradum limitata, prout contingit de jure communi in successionibus ab intestato, quæ dantur agnatis usque ad decimum gradum, tunc procedat opinio, qua dicimus esse necessariam graduum probationem, cùm in ea militet argumentum dubiæ probationis nascentis ex indeterminata consanguinitate, quæ cùm possit includi & non includi intra gradum limitatum, non probet concludenter intentionem illius, qui petit successionem. Nam agnatus multùm remotus æquiparatur extraneo, ut ait Brunus consil. 80. num. 17. vol. 1. & appellationem, Vettern esse planè generalem, cùm etiam attinentes remotissimi sic vel vulgò appellentur, ait Wesembec. d. consil. 13. tamq; hodie est notorium, ut probatione ulla non indigeat, ut quò magis hoc seculo appellationibus istiusmodi abutimur, eò magis gradus consanguinitatis in controversia successionum probandus esse videatur, si de eo non constet.

De † proximitate verò gradus in successionibus probanda præter allegatos id docuit Angel. 23
Aret. in §. actionum, n. 77. vers. si autem ab intestato. Instit. de action. ubi ait necesse esse, ut qui venit ab intestato, probet se esse vel de suis, vel de liberis, vel de agnatis, vel de cognatis & proximioribus. Nam non sufficit, inquit, quòd probem me esse de agnatis, nisi probem me proximiorem, per l. postumorum, ff. de injust. irrit. rupt. testam. §. ita demùm. Inst. de hered. quæ ab intest. deferunt. § proximus, Instit. de legit. agnat. success. l. 1. §. proximum, ff. unde cogn. Idem tenuit Franc. Aret. in d. l. sed etsi de sua, col. antepenult. vers. tangit etiam hic. Fulg. cons. 184. n. 1. Socin. jun. cons. 26. nu. 10. vers. & ad contrarium responderi potest, vol. 2.

Sed † ultra hæc ad probandam consanguini- 24
tatem ad effectum successionis habendę, quidam etiam hoc probari desiderant, quòd consanguinitas ex legitimo matrimonio contracta sit, & quòd personæ intermediæ, à quibus successurus descendit, natæ sint ex legitimo matrimonio. Ita respondit Nicol. Everh. cons. 22. nu. 1. & seq. Neq; id omninò sine ratione. Successio † enim inter 25
eos est, qui invicem cognati sunt ex matrimonio justo, non etiam inter eos, qui ex illicito aliquo coitu se invicem necessitudine aliqua attingunt, prout constat ex his, quæ scripserunt Doctores nostri de successione ab intestato, & cumprimis Valent. Forsterus de success. ab intest. lib. 6. c. 10. & 11. & lib. 8. c. 10. 11. 12. & 13.

Quandoquidem igitur in proposito gradus consanguinitatis & proximitas designatè & distinctè probari non potest, neque etiam consanguinitas legitima doceri, non videtur concludenter ad obtinendam successionem consanguinitatem probatam esse, atque † adeò probatio- 26
nem esse irrelevantem, & contra probantem interpretandam, ut notat glos. in d. c. in præsentia, verb. dubium, quomodo in terminis consanguinitatis non probatæ consulendo argumentati sunt Dec. d. cons. 321. col. 2. & num. 12. vers. non obstat. Alexand. cons. 82. vol. 1. & cons. 181. num. 10. vol. 7. Cuman. consil. 43. col. 1. Corn. cons. 341. vol. 1. Ancharan. consil. 52. num. 8. versic. item statutum. Capra consil. 156. num. 6. vol. 2. Nevizan. consil. 10. nu. 9. Wesembec. d. consil. 13. num. 45. & seq. Cravet. consil. 913. num. 6. vol. 5. & docendo secuti sunt Alciat. de præsumpt. 28. reg. 1. num. 9. Tiraquell. de retract. consanguin. §. 11. glos. 1. num. 9. vers. sed hanc tamen. Couvarr. d. c. 6. n. 6. Gabriel. lib. 1. commun. opin. concl. 6. n. 24. Mascard. d. concl. 69. num. 5. & d. concl. 410. n. 21.

Atqui regula est, ut † actore non probante 27
Reus absolvendus veniat, l. qui accusare, C. de edend. c. ex literis, de probat. c. fin. de jurej. etiam tum cùm facto probato actor deficit in probandis ejus qualitatibus, per doctrinam Bartoli in l. Di-

vus, ff. de re judic. Castrens. *in l. penult. §. docere, ff. ne quis eum qui in jus vocat.* Joan. Andr. *in c. 1. de homicid. in 6.* & Felin. *in c. auditis, col. penult. de praescript.*

Quibus accedit, quòd in facto praesupponitur magistratum successionem sibi asserere sub praetextu privilegii cujusdam specialis ab Imperatoria majestate impetrati, cujus vigore in bonis bastardorum, spuriorum & naturalium, non naturales cōsanguinei succedant, sed magistratus ipse sive fiscus ejus.

At defunctum Sempronium ex legitimo matrimonio non fuisse natum extra controversiam est.

Etsi verò Sempronius per rescriptum à Comite Palatino legitimatus sit, quo omnis nataliū defectus sublatus est: tamen quoad hanc successionem Comitem Palatinum legitimando nec potuisse nec voluisse fisco praejudicare verosimile est. Ut enim † in quolibet alio hominis actu
28 haec duo copulatè requiruntur, potestas scilicet
29 & voluntas, *c. cum super, de offic. deleg.* ita etiam † in legitimationibus ista duo esse attendenda responderunt Alex. *cons. 188. n. 15. & seq. vol. 4.* Dec. *cons. 288. n. 6.* Eamq; ob causam in legitimatione à Comite Palatino facta tenorem privilegii esse attendendum communiter traditur *in c. per venerabilem, qui fil. sint legit.* & post alios Alexand. *cons. 67. vol. 1.* Paris. *cons. 5. num. 4. & 5. vol. 2.* ideoq; Comes non potest vel latum unguem discedere à potestate sibi concessa in privilegio, *c. cùm olim, de offic. delegati,* & non solùm non potest excedere terminos potestatis sibi concessę in privilegio, sed etiam tenetur servare omnes qualitates in ipso privilegio expressas, *Bald. in c. cum venissent, de eo qui mittit. in possess. caus. rei serv. Panorm. in c. Pisanis, notab. 4. de restitut. spoliat.* & non solùm est nullum, quod facit Comes contra formam privilegii, sed & illud quod facit praeter & ultra concessa in suo privilegio ipso jure nullum est, ut notant Bartol. *in l. illud, §. sed si ita, ff. quod cujusque universit. nom.* Jas. *consil. 202. col. 2. versic. tertiò praedicta confirmantur, vol. 2.* Decian. *consil. 88. n. 41. vol. 2.*

Non autem apparet ex privilegio Comitis Palatini ipsum habuisse potestatem legitimandi ita, ut legitimato etiam succederent consanguinei, si quos haberet intra gradum decimum constitutos, atq; adeò praejudicandi speciali fisci privilegio, atque ipsi etiam juri communi, quo cautum
30 est, ut † per rescriptum Principis legitimatis collaterales ab intestato non succedant, ut tradit Schneidw in. *de tertio ord. succedend. num. 36.* imò verò disertè in tenore privilegii dicitur legitimationes, quas Comes Palatinus esset facturus, non debere praejudicare heredibus legitimis, in quorum heredum legitimorum numero etiam continetur fiscus. Nam quòd fiscus succedit, id ex lege est: quod autem à lege est, id est legitimum, quod ipsum confirmatur privilegio illo speciali, quod fiscus sese habere praetendit.

Quibus consequens est, ut si Comes Palatinus Sempronium legitimasset in pręjudicium fisci, legitimationem ea in re nullius ponderis futuram.

Quinimò Comitem Palatinum fisco praejudicare noluisse videtur satis constare ex ipso legitimationis tenore, ibi, doch den Ehelichen vnnd natürlichen Kindern vnnd Erben allenthalben an jhrem Rechten ohnverletzlich / quae verba etiam fisco accommodanda videntur, ne quis excludatur, qui in numero heredis legitimi haberi possit. Nec † praesumendum est Principem, & verò 31
multò magis Comitem velle juri quomodocunque tertiò quaesito praejudicare, ut omnes tradunt *in l. Gallus, §. & quid si tantùm, ff. de liber. & posthum.* imò etiam illi, quod in spe duntaxat habebat fiscus, *arg. l. impuberi, ff. de administr. tutor. l. 2. §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publ. l. quoties, C. de precib. Imper. offer. Ruin. cons. 106. n. 5. vol. 3. Cephal. cons. 186. nu. 31. & seq. vol. 2.* ideoq; legitimatio Sempronii debet accipi secundum tenorem privilegii, per notata Ruini *consil. 75. nu. 22. vol. 3.*

Praeterea tantò minus fisco ejusq; & de jure communi, & specialiter habenti privilegio praejudicatum esse ullo modo dicendum est, quòd nulla in hac legitimatione expressa sit causa, qua motus ad legitimationem Comes Palatinus processerit. Cum enim † nulla subest legitimandi 32
causa, utiq; & legitimationem ipsam nullam esse, est glossa *in c. constitutus, verb. quicunq, de relig. domib.* maximè cùm legitimatio nō fit à Principe ipso, sed ab inferiore, puta à Comite Palatino, quia tum causa legitimandi exprimi & justificari debet *per glos. in c. requiris, §. nisi rigori, 1. q. 7. Speculat. sub tit. de legitimat. §. generaliter autem, vers. prohibita autem, Anton. de Butr. in d. c. per venerabilem, col. 3. in fin. Dec. cons. 393. n. 11. Nevizan. cons. 99. n. 7. Curt. sen. cons. 16. n. 17. & cons. 64. nu. 1,* ubi dicit, ex hoc multas legitimationes destrui, & causae illius cognitionem praecedere vult Ruin. *cons. 109. n. 19. vol. 3.* Rimin. jun. *cons. 199. nu. 74. & seq.* ubi *n. 79.* subdit, necessariam esse causę cognitionem, nec credi inferiori legitimāti, nec dissentit Caepoll. *cons. ult. n. 13.* ubi *n. 11.* concludit, quòd nunquam poterit legitimatio fieri sine causa specifica, nisi hoc sit expressum in privilegio Comitis, quòd scilicet possit legitimare sine causa.

Neq; obstat, quòd causae legitimationis hujus expressae videntur illis verbis: Ich auch sonsten auß glaubhaffter anzeig erfahren vnnd gehöret / daß Er N. N. sich gegen menniglichen freundtlich / erbar / vnnd auffrichtig / wie einem jeden Christen Menschen gebüret / vnd wol anstehet / thue verhalten / derohalben vnd damit ermannter beyder Vatter vnnd Mutter verschulden vnnd verhinderung jhme N. N. nicht also für vnnd für zu verachtung / nachtheiligem Spott vnnd Schaden komme / er auch desto mehr verursacht vnnd anreitzung habe zu tugentlichen Vbungen / erbarn Wandel vnnd Wesen zu halten / so habe ich / etc. quia † causae illae 33
sunt nimis generales, & ut ait Dec. *d. consil. 393.* istae generales non sufficiunt, quod idem repetiit *cons. 288. nu. 6. & cons. 579. nu. 3.* Paris. *cons. 17. n. 41. vol. 1.* Socin. jun. *cons. 91. n. 15. & cons. 93. n. 4. vol. 3.* Debent enim esse causae speciales, quas vel necessitas urgens, vel utilitas evidens, vel personarū praerogativa expressit, ut responderunt Curt. sen. *consil. 16 num. 16. & seq. & consil. 19. num. 7.* Paris. *consil. 9. num. 32. & seq. & consil. 12. num. 161. vol. 2.* Gozadin. *cons. 25. nu. 5.* Brun. *cons. 15. num. 6.*

Cephal.

Cephal.*conf.111.num.42.& seq.vol.1.* Nam quando Comes Palatinus nullam habet causam legitimandi specialem, justam & efficacem, dicitur potius dissipatio, quàm dispensatio sive legitimatio, ut consuluerunt Rol.à Valle *conf.58.n.26.*
34 *vol.1.* Alex.*conf.98.n.8.vol.1.* & quod † Comiti asserenti causam extare credendum nõ sit, respondit Parisi.*d.conf.12.n.158.* & Rimin. *d.conf.199.num.75.& seq.*

Verum enimverò cùm de consanguinitate actorum, nostro quidem judicio, satis liquidò cõstet, nec tanti sint illa, quæ hucusq; sunt deducta, ut persuadere nobis possint, jura fisci esse potiora, in eam sententiã, ut actores fisco sint præferendi in successione Sempronii cõcedere maluimus. Hoc autem evicerimus, si consanguinitatem prætensam sufficienter probatam esse ostenderimus.

De eo verò constat inter omnes, consanguini-
35 tatem † esse de his, quæ in jure nostro censentur esse probationis difficilis, quod cunctos colligere ex Pauli Jurisconsulti responso *in l. Lucius, ff. de condit.& demonstr.* testatur Mascard.*de probat. concl.409.n.1.vol.1.* ubi plures allegat, qui id consulendo & profitendo tenuerint, quod idem tenuit Mandell. *conf.83.n.7.* & Menoch.*de arb.jud. quæst.casu 475.n.11.*

36 In his autem, quæ † probationis sunt difficilis generaliter traditũ est, probationes admitti per præsumptiones, indicia & conjecturas, quod tradidit Bart. *in l. de pupillo, §.si quis, ff.de oper. novi nunc.* & *ibidem* Alex. *n.22.* Jal. *in l.si quis ex argentariis, §.Prætor, n.18.* Benintend.*decis.Bonon.43.n.3.* Gail.*obs.pract.93.num.18.* & pro regula retulit Duen.*reg.553.*

37 Et in specie de consanguinitate ex eo, quòd † probationis sit difficilis, imò penè impossibilis, per conjecturas & præsumptiones probanda cẽsuerunt Bald. *in d.l. qui ignorat*, Menoch. *de arb. jud. quæst. casu 89.in prin.* Vasqu.*lib.2.illustr.q.c.8. nu.20.* Mascard.*d.concl.409.nu.3.* Mandell.*d.conf. 83.num.11.* Ancharan.*consil.52.* Dec. *consil.595.in princip.* Alexand. *consil.90. num.17. vol.6.& consil. 88.num.7.vol.7.* Paris.*d.consil.10.nu.80.vol.2.* Bursat.*conf.89.num.1.vol.1.* Cephal. *consil.435.nu.41. & seq. vol.3.* neq; interest an concludant necessariò, nec ne, sed sufficit si concludant à communiter accidentibus, *per glos.in d. l.non epistolis, & in d.l. non nudis*, ideoq; contenti esse debemus illis probationibus, quas secundum subjectam materiam habere possumus, *text. cum glossa in d.l. Lucius*, & notant omnes *in l.filium, ff. de his qui sui vel al.jur.sunt.* Panorm. *in d c.per tuas, n.9.de prob.* Cephal.*conf.435.nu.41.& seq.vol.3.* cum aliis adductis à Deciano *conf.1.n.123.vol.3.* & Natt.*conf. 473.vol.2.*

Primùm autem sese offert hic nobis nomina-
38 tio, quæ, ut † per se sola consanguinitatem non probet, operatur tamen quandam præsumptionem, secundum gl. *in l.neq, professio, C.de testam.* Cyn.& Bald.*in d.l.non epistolis*, quam nominationem & quidem sepius à defuncto Sempronio oretenus factam præsupponitur per testes probari posse, quæ probatio in jure recipitur, etiamsi testes non de iisdem, sed diversis actibus nominationis deponerent, atq; adeò singulares in dictis suis videri possent, ut in terminis fraternitatis ex nominatione probandæ respondit Castr. *conf.151.nu.1.versic.secundò videtur, vol.1.* & complura alia huc pertinentia deduxit Cravet. *consil. 991.num.84.& seqq. vol.6.* atq; de ea nominatione satis constat ex pactis dotalibus, itemq; ex epistolis, & quidem tribus ad actores à Sempronio scriptis, in quibus asserit ipsos esse suos cognatos, quam assertionem in epistolis factam consanguinitatem probare traditur *in l. fin. ff. de probat.* & notant omnes *in d. l. non epistolis, & in d. l. non nudis.* Aretin. & Dec. *in d. c. per tuas.* Gozad. *conf.12.num.19.* Alexand. *d.conf.10. num. 56.* certè quin probationi adminiculetur extra omnem controversiam est, secundum Bartol. *in d. l. non epistolis.*

Atq; hæc probatio in proposito nostro tantò est fortior, quòd nominatio non semel facta, sed sepius repetita sit, & non diversis tantùm temporibus, sed etiam diversis, ut dictum est, modis, ex qua † reiteratione plenam probationem 39
consanguinitatis resultare consuluit Paris.*d.consil. 10. num. 56. & consil. 13. num. 6. vol. 2.* Decian. *consil.1. num.111. vol.3.* Menoch. *consil.734.num. 6.vol.8.*

Quibus accedit, quòd Sempronius non incidenter, sed affirmatè & assertivè actores nominavit seine Vettern/ quo casu † consanguinita- 40
tem ex sola nominatione probari, tradunt gl. & Doctores *in d.l.neq, professio*, Castrens. *d. conf.151. nu.1.vers.sextò posset, & in d.l. non epistolis, num. 3. versic. si autem verba.* Alexand. *consil. 88. num. 7. versic concurrit etiam alia, vol.7.* Paris.*d.consil. 10. nu.44.*

Et licet nominatio non principaliter, sed incidenter & propter aliud facta esset, sola tamẽ ipsa probaret consanguinitatem, quòd facta sit actoribus præsentibus & consentientibus, aut certè non repugnantibus. Nam juris est, ut † nomina- 41
tio etiam per verba enunciativa & incidenter facta consanguinitatem plenè probet, si nominatus consenserit nominationi, ut docet Felin. post Aret. *in d.c per tuas, n.10* Gozad.*d.conf.12.nu.18.& seq.& 27.* Bero.*conf.108.nu.6.vol.2.* Paris.*d. conf.10. n.49.& seq.* Decian.*d.conf.1.n.106.*

Sed etiam illi, qui sentiunt solam nominationem non sufficere ad probandam consanguinitatem, non negant eam † aliis adminiculis con- 42
currentibus plenè probare, quę omnium Doctorum sententia communis est, ut probatur per gl. & Dd. *in c. Michaël, in fi. de fil.presbyter.* Bald. *in d.l. non epistolis, not.2.* Dec. *in d.c.per tuas, nu.9.& 28.* Ripa *in c.cum Ecclesia, nu.52.de caus.possess.& proprie.* Palæot. *in tract.de nothis & spur.c.22.num.8.* Menoch.*d.casu 89.n.79.* Franc. Vivius *in commu. opin.verb.filii nominatio.* Gozad. *conf.13.n.53.* Cephal.*conf.137.n.8.vol.1.*

Concurrit autem in proposito cum nominatione etiam † tractatus, consanguineis conve- 43
niens, puta invitatio ad cõvivia, ad nuptias, adhibitio ad confectionem pactorum dotalium, in quibus expressè actores nominantur seine Verwandten/ & ejusmodi actus alii, qui non facilè aliis, quàm consanguineis conveniunt, prout de invitatione ad nuptias & funeralia testatur Fulv. Pacian *d.c.12.num.20.* At solum tractatum suffi-

Rr 2 cere

vus, ff. de re judic. Castrens. *in l. penult. §. docere, ff. ne quis eum qui in jus vocat.* Joan. Andr. *in c. 1. de homicid. in 6.* & Felin. *in c. auditis, col. penult. de praescript.*

Quibus accedit, quòd in facto praesupponitur magistratum successionem sibi asserere sub praetextu privilegii cujusdam specialis ab Imperatoria majestate impetrati, cujus vigore in bonis bastardorum, spuriorum & naturalium, non naturales cōsanguinei succedant, sed magistratus ipse sive fiscus ejus.

At defunctum Sempronium ex legitimo matrimonio non fuisse natum extra controversiam est.

Etsi verò Sempronius per rescriptum à Comite Palatino legitimatus sit, quo omnis nataliū defectus sublatus est: tamen quoad hanc successionem Comitem Palatinum legitimando nec potuisse nec voluisse fisco praejudicare verosimile est. Ut enim † in quolibet alio hominis actu
28 haec duo copulatè requiruntur, potestas scilicet
29 & voluntas, *c. cum super, de offic. deleg.* ita etiam † in legitimationibus ista duo esse attendenda responderunt Alex. *cons. 188. n. 15. & seq. vol. 4.* Dec. *cons. 288. n. 6.* Eamq; ob causam in legitimatione à Comite Palatino facta tenorem privilegii esse attendendum communiter traditur *in c. per venerabilem, qui fil. sint legit.* & post alios Alexand. *cons. 67. vol. 1.* Paris. *cons. 5. num. 4. & 5. vol. 2.* ideoq; Comes non potest vel latum unguem discedere à potestate sibi concessa in privilegio, *c. cùm olim, de offic. delegati,* & non solùm non potest excedere terminos potestatis sibi concessę in privilegio, sed etiam tenetur servare omnes qualitates in ipso privilegio expressas, *Bald. in c. cum venissent, de eo qui mittit. in possess. caus. rei serv. Panorm. in c. Pisanis, notab. 4. de restitut. spoliat.* & non solùm est nullum, quod facit Comes contra formam privilegii, sed & illud quod facit praeter & ultra concessa in suo privilegio ipso jure nullum est, ut notant Bartol. *in l. illud, §. sed si ita, ff. quod cujusque universit. nom.* Jas. *consil. 202. col. 2. versic. tertiò praedicta confirmantur, vol. 2.* Decian. *consil. 88. n. 41. vol. 2.*

Non autem apparet ex privilegio Comitis Palatini ipsum habuisse potestatem legitimandi ita, ut legitimato etiam succederent consanguinei, si quos haberet intra gradum decimum constitutos, atq; adeò praejudicandi speciali fisci privilegio, atque ipsi etiam juri communi, quo cautum
30 est, ut † per rescriptum Principis legitimatis collaterales ab intestato non succedant, ut tradit Schneidwin. *de tertio ord. succedend. num. 36.* imò verò disertè in tenore privilegii dicitur legitimationes, quas Comes Palatinus esset facturus, non debere praejudicare heredibus legitimis, in quorum heredum legitimorum numero etiam continetur fiscus. Nam quòd fiscus succedit, id ex lege est: quod autem à lege est, id est legitimum, quod ipsum confirmatur privilegio illo speciali, quod fiscus sese habere praetendit.

Quibus consequens est, ut si Comes Palatinus Sempronium legitimasset in prejudicium fisci, legitimationem ea in re nullius ponderis futuram.

Quinimò Comitem Palatinum fisco praejudicare noluisse videtur satis constare ex ipso legitimationis tenore, ibi, doch den Ehelichen unnd natürlichen Kindern unnd Erben allenthalben an jhrem Rechten ohnverleglich/ quae verba etiam fisco accommodanda videntur, ne quis excludatur, qui in numero heredis legitimi haberi possit. Nec † praesumendum est Principem, & verò 31
multò magis Comitem velle juri quomodocunque tertiò quaesito praejudicare, ut omnes tradunt *in l. Gallus, §. & quid si tantùm, ff. de liber. & posthum.* imò etiam illi, quod in spe duntaxat habebat fiscus, *arg. l. impuberi, ff. de administr. tutor. l. 2. §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publ. l. quoties, C. de precib. Imper. offer. Ruin. cons. 106. n. 5. vol. 3. Cephal. cons. 186. nu. 31. & seq. vol. 2.* ideoq; legitimatio Sempronii debet accipi secundum tenorem privilegii, per notata Ruini *consil. 75. nu. 22. vol. 3.*

Praeterea tantò minus fisco ejusq; & de jure communi, & specialiter habenti privilegio praejudicatum esse ullo modo dicendum est, quòd nulla in hac legitimatione expressa sit causa, qua motus ad legitimationem Comes Palatinus processerit. Cum enim † nulla subest legitimandi 32
causa, utiq; & legitimationem ipsam nullam esse, est glossa *in c. constitutus, verb. quicunq., de relig. domib.* maximè cùm legitimatio nō fit à Principe ipso, sed ab inferiore, puta à Comite Palatino, quia tum causa legitimandi exprimi & justificari debet *per glos. in c. requiris, §. nisi rigori, 1. q. 7. Speculat. sub tit. de legitimat. §. generaliter autem, vers. prohibita autem, Anton. de Butr. in d. c. per venerabilem, col. 3. in fin. Dec. cons. 393. n. 11. Nevizan. cons. 99. n. 7. Curt. sen. cons. 16. n. 17. & cons. 64. nu. 1,* ubi dicit, ex hoc multas legitimationes destrui, & causae illius cognitionem praecedere vult Ruin. *cons. 109. n. 19. vol. 3.* Rimin. jun. *cons. 199. nu. 74. & seq.* ubi *n. 79.* subdit, necessariam esse causę cognitionem, nec credi inferiori legitimāti, nec dissentit Caepoll. *cons. ult. n. 13.* ubi *n. 11.* concludit, quòd nunquam poterit legitimatio fieri sinę causa specifica, nisi hoc sit expressum in privilegio Comitis, quòd scilicet possit legitimare sine causa.

Neq; obstat, quòd causae legitimationis hujus expressae videntur illis verbis: Jch auch sonsten auß glaubhaffter anzeig erfahren unnd gehöret/ daß Er N. N. sich gegen menniglichen freundtlich/ erbar/ unnd auffrichtig/ wie einem jeden Christen Menschen gebüret/ und wol anstehet/ thue verhalten/ derohalben und damit ernannter beyder Vatter unnd Mutter verschulden unnd verhinderung jhme N. N. nicht also für unnd für zu verachtung/ nachtheiligem Spott unnd Schaden komme/ er auch desto mehr verursacht unnd anreitzung habe zu tugentlichen Ubungen/ erbarn Wandel unnd Wesen zu halten/ so habe ich/ ꝛc. quia † causae istae 33
sunt nimis generales, & ut ait Dec. *d. consil. 393.* istae generales non sufficiunt, quod idem repetiit *cons. 288. nu. 6. & cons. 579. nu. 3.* Paris. *cons. 17. n. 41. vol. 1.* Socin. jun. *cons. 91. n. 15. & cons. 93. n. 4. vol. 3.* Debent enim esse causae speciales, quas vel necessitas urgens, vel utilitas evidens, vel personarū praerogativa expressit, ut responderunt Curt. sen. *consil. 16 num. 16. & seq. & consil. 19. num. 7.* Paris. *consil. 9. num. 32. & seq. & consil. 12. num. 161. vol. 2.* Gozadin. *cons. 25. nu. 5.* Brun. *cons. 15. num. 6.*

Cephal.

Cephal. *cons.111. num.42.& seq.vol.1.* Nam quando Comes Palatinus nullam habet causam legitimandi specialem, justam & efficacem, dicitur potius dissipatio, quàm dispensatio sive legitimatio, ut consuluerunt Rol. à Valle *cons.58.n.26.*
34 *vol.1.* Alex. *cons.98.n.8.vol.1.* & quod † Comiti asserenti causam extare credendum nō sit, respondit Paris. *d.cons.12.n.158.* & Rimin. *d.cons.199.num.75.& seq.*

Verum enimverò cùm de consanguinitate actorum, nostro quidem judicio, satis liquidò cōstet, nec tanti sint illa, quæ hucusq; sunt deducta, ut persuadere nobis possint, jura fisci esse potiora, in eam sententiā, ut actores fisco sint præferendi in successione Sempronii cōcedere maluimus. Hoc autem evicerimus, si consanguinitatem prætensam sufficienter probatam esse ostenderimus.

De eo verò constat inter omnes, consanguini-
35 tatem † esse de his, quæ in jure nostro censentur esse probationis difficilis, quod cunctos colligere ex Pauli Jurisconsulti responso *in l. Lucius, ff. de condit. & demonstr.* testatur Mascard. *de probat. concl.409.n.1.vol.1.* ubi plures allegat, qui id consulendo & profitendo tenuerint, quod idem tenuit Mandell. *cons.83.n.7.* & Menoch. *de arb. jud. quæst. casu 475.n.11.*

36 In his autem, quæ † probationis sunt difficilis generaliter traditū est, probationes admitti per præsumptiones, indicia & conjecturas, quod tradidit Bart. *in l. de pupillo, §. si quis, ff. de oper. novi nunc.* & *ibidem* Alex. *n.22.* Jas. *in l. si quis ex argentariis, §. Prætor, n.18.* Benintend. *decis. Bonon.43.n.3.* Gail. *obs. pract.93. num.18.* & pro regula retulit Duen. *reg.553.*

37 Et in specie de consanguinitate ex eo, quòd † probationis sit difficilis, imò penè impossibilis, per conjecturas & præsumptiones probanda cēsuerunt Bald. *in d. l. qui ignorat*, Menoch. *de arb. jud. quæst. casu 89. in prin.* Vasqu. *lib.2. illustr. q.c.8. nu.20.* Mascard. *d.concl.409.nu.3.* Mandell. *d.cons.83.num.11.* Ancharan. *consil.52.* Dec. *consil.595. in princip.* Alexand. *consil.90. num.17. vol.6.& consil.88.num.7.vol.7.* Paris. *d.consil.10.nu.80. vol.2.* Bursat. *cons.89.num.1.vol.1.* Cephal. *consil.435.nu.41.& seq. vol 3.* neq; interest an concludant necessariò, nec ne, sed sufficit si concludant à communiter accidentibus, *per glos. in d. l. non epistolis, & in d. l. non nudis*, ideoq; contenti esse debemus illis probationibus, quas secundum subjectam materiam habere possumus, *text. cum glossa in d. l. Lucius*; & notant omnes *in l. filium, ff. de his qui sui vel al. jur. sunt.* Panorm. *in d. c. per tuas, n.9. de prob.* Cephal. *cons.435.nu.41.& seq.vol.3.* cum aliis adductis à Deciano *cons.1.n.123.vol.3.* & Natt. *cons.473.vol.2.*

Primùm autem sese offert hic nobis nomina-
38 tio, quæ, ut † per se sola consanguinitatem non probet, operatur tamen quandam præsumptionem, secundum gl. *in l. neq; professio, C. de testam.* Cyn. & Bald. *in d. l. non epistolis*, quam nominationem & quidem sæpius à defuncto Sempronio oretenus factam præsupponitur per testes probari posse, quæ probatio in jure recipitur, etiamsi testes non de iisdem, sed diversis actibus nominationis deponerent, atq; adeò singulares in dictis suis videri possent, ut in terminis fraternitatis ex nominatione probandæ respondit Castr. *cons.151.nu.1.versic. secundò videtur, vol.1.* & complura alia huc pertinentia deduxit Cravet. *consil.991.num.84.& seqq. vol.6.* atq; de ea nominatione satis constat ex pactis dotalibus, itemq; ex epistolis, & quidem tribus ad actores à Sempronio scriptis, in quibus asserit ipsos esse suos cognatos, quam assertionem in epistolis factam consanguinitatem probare traditur *in l. fin. ff. de probat.* & notant omnes *in d. l. non epistolis, & in d. l. non nudis.* Aretin. & Dec. *in d. c. per tuas.* Gozad. *cons.12.num.19.* Alexand. *d.cons.10. num.56.* certè quin probationi adminiculetur extra omnem controversiam est, secundum Bartol. *in d. l. non epistolis.*

Atq; hæc probatio in proposito nostro tantò est fortior, quòd nominatio non semel facta, sed sæpius repetita sit, & non diversis tantùm temporibus, sed etiam diversis, ut dictum est, modis, ex qua † reiteratione plenam probationem 39
consanguinitatis resultare consuluit Paris. *d.consil.10. num.56. & consil.13. num.6. vol.2.* Decian. *consil.1. num.111. vol.3.* Menoch. *consil.734. num.6. vol.8.*

Quibus accedit, quòd Sempronius non incidenter, sed affirmate & assertivè actores nominavit seine Vettern / quo casu † consanguinita- 40
tem ex sola nominatione probari, tradunt gl. & Doctores *in d. l. neq; professio*, Castrens. *d. cons.151. nu.1. vers. sextò posset, & in d. l. non epistolis, num.3. versic. si autem verba.* Alexand. *consil.88. num.7. versic concurrit etiam alia, vol.7.* Paris. *d.consil.10. nu.44.*

Et licet nominatio non principaliter, sed incidenter & propter aliud facta esset, sola tamē ipsa probaret consanguinitatem, quòd facta sit actoribus præsentibus & consentientibus, aut certè non repugnantibus. Nam juris est, ut † nomina- 41
tio etiam per verba enunciativa & incidenter facta consanguinitatem plenè probet, si nominatus consenserit nominationi, ut docet Felin. post Aret. *in d. c per tuas, n.10* Gozad. *d.cons.12.nu.18.& seq.& 27.* Bero. *cons.108.nu.6.vol.2.* Paris. *d. cons.10. n.49.& seq.* Decian. *d.cons.1.n.106.*

Sed etiam illi, qui sentiunt solam nominationem non sufficere ad probandam consanguinitatem, non negant eam † aliis adminiculis con- 42
currentibus plenè probare, quę omnium Doctorum sententia communis est, ut probatur per gl. & Dd. *in c. Michaël, in fi. de fil. presbyter.* Bald. *in d. l. non epistolis, not.2.* Dec. *in d. c. per tuas, nu.9.& 28.* Ripa *in c. cùm Ecclesia, nu.52. de caus. possess. & proprie* Palæot. *in tract. de nothis & spur. c.22. num.8.* Menoch. *d. casu 89. n.79.* Franc. Vivius *in commu. opin. verb. filii nominatio.* Gozad. *cons.13. n.53.* Cephal. *cons.137.n.8.vol.1.*

Concurrit autem in proposito cum nomina-
tione etiam † tractatus, consanguineis conve- 43
niens, puta invitatio ad cōvivia, ad nuptias, adhibitio ad confectionem pactorum dotalium, in quibus expressè actores nominantur seine Verwandten/ & ejusmodi actus alii, qui non facilè aliis, quàm consanguineis conveniunt, prout de invitatione ad nuptias & funeralia testatur Fulv. Pacian *d. c.12. num.20.* At solum tractatum suffi-

cere ad probandam consanguinitatẽ voluit Bartol. *in l. 1. §. quod Senatusconf. ff. de liber. agnoscend.* & tractatum sine aliis adminiculis sufficere Doctores magis communiter tenere testatur Cravet. *consf. 249. nu. 3. vol. 2.* quinimò fortiorem esse tractatum, ad probandam consanguinitatem, quàm nominationem verbis factam censuerunt communiter Canon. *in d. c per tuas*, & complures alii relati à Cravet. *consf. 408. nu. 5. versf. ideò fortior, vol. 3 & consf 908. nu. 5. & consf. 958. nu. 36. vol. 5. & consf. 991. nu. 78. vol. 6.* quam opinionem communiorem & veriorem esse, quicquid senserit Castrensf. *d. consil. 151. num. 1. versf. quartò videtur*, & post ipsum Mascard. *de probat. concl. 789. num. 15. versic. secundò intellige, vol. 2.* dicit Pacian. *d. cap. 12. num. 16.*

Ex quo tractatu singularis apparet affectio & benevolentia, qua præ ceteris Sempronius prosecutus est actores, quam affectionẽ & dilectionem ad probandam consanguinitatem ponderavit Henr. Boich. *in d. c. per tuas, col. 1. versf. aut queris de filiatione*, idemq; fecit Panorm. *in d. c. Michael*, & in terminis Parisf. *d. consf. 10. n. 60.* quod consulendo secuti sunt Anchar. *consf. 225. in fine, versf. item ex dilectione.* Gozadin. *d. consf. 13. num. 45.* Bertrand. *consf. 26. n. 1. & seqq. vol. 2.*

Atq; ex his omnibus sine dubio fama & communis hominum opinio exorta est, quòd Sempronius & actores consanguinei fuerint, de qua testes audiendi deportent, quòd nimirum actores nõ solùm nominati & tractati sint à Sempronio, dum vixit, pro agnatis, verùm etiã ab omnibus eos cognoscentibus pro cognatis habiti &
44 reputati fuerint, quam † famam & communem opinionem etiam solam probare consanguinitatem sive cognationem respondit Alex. *consf. 88. n. 9 & 10. vol. 7. & consf. 9. n 6. vol. 6.* in qua communi opinione probanda satis est ostendere, quòd apud omnes eos cognoscentes habiti sint pro talibus, *Bart. & Alex. in l. si filium ff. de his qui sui vel alien jur. sunt. Bart. & Bald. in l. 1. C. de testam. Alex. consf. 51. nu. 5. vol 1. Castr. consf. 21. nu. 76. vol. 3. Bero. consf. 161. n. 6. vol. 2. Mandell. consf. 6. n. 11. Ruin. consf. 128. nu. 10. vol. 4. & consf. 51. nu. 18. vol 5.* Sed nec omnium cognoscentium opinio desideratur, verùm major eorum pars sufficit, apud quos noti fuerunt, ut à majori parte pro talibus habeantur, per doctrinam Jasonis *in d. l. 1. C. de testam.*

Quæ fama sive communis opinio tantò fortius probat quòd conjuncta sit cum nominatione & tractatu. Quod enim fama juncta nominationi & tractatui plenissimè probet, voluit Panorm *in d. c. per tuas, n. 9.* Grat. *consf. 146. n. 5. vol. 2.* Rimin. Sen *consf. 163. n. 17.* & Rimin. jun. *consf. 339. n. 62. vol. 3.*

45 Quinimò in genere receptum est, ut † quę singula per se considerata non prosunt, multa conjuncta juvent, ut si nominatio per se sola, itemq; tractatus per se solus & communis opinio per se sola ad probationẽ consanguinitatis sive cognationis non sufficerent, utique simul juncta sufficere debeant. *Ad hoc est text. in l. excipiuntur, ff. ad Senatusconf. Syllan. & in l. Spadonem, §. qui jura, ff. de excusat. tutor. & glos. in l. 2. §. ejusdem, ff. de testib. & in l. instrumenta, C. de probat.* Et in specie. quòd plures præsumptiones conjungantur ad faciendam probationem plenam, docet Bart. *in d. l. admonendi, & ibidem* Jason aliiq; communiter, & post alios Menoch. *de præsumpt. lib. 1. c. 39. & seqq.* Idq; in terminis probandæ consanguinitatis tradunt Panormit. & ceteri communiter *in d. c. per tuas, & in c. transmissæ. qui fil. sint legit.* Corn. *consil. 1. col. 11. versf ex quibus, vol. 3.* atq; conjuncta haud dubiè plenè probare ait Cephal. *d. consil. 435. num. 55.*

Quamvis autem Barbat. *consf. 27. n. 28. in princ.* in terminis consanguinitatis probandæ hæc singula jungi posse negaverit, attamen ipse loquitur de iis præsumptionibus, quæ proveniebant ex uno tantùm fonte, ut ipsum declarat Decian. *d. consf. 1. nu. 121. in fine*, ubi addit secus esse, quando plures sunt concludentes aliæ & directæ probationes & conjecturæ aliunde & ex diversis fontibus provenientes, idemq; Decianus mox *n. 122.* subjicit, præterea dictum Barbatiæ non esse verum, & illud in specie reprehendi à Parisf. *d. consf. 10. n. 106.* & pariter illud reprehendisse Gozadin. *consf. 12. nu. 27. versf. non obstat consilium Barbat. & consf. 13. nu. 56. versf. non obstat quod consuluit Andr. Barbat.* ubi etiam Gozadinus alio modo Barbatiam refutat, & Barbatiam malè consuluisse dicit etiam Jason *consf. 125. num. 1. col 3. versf. confirmatur ista limitatio*, & verò malè locutum esse Barbatiã, Decian. *d. consf. 1. num. 123. & seq.* multis demonstrat, eundemq; refutat Menoch. *d. casu 89. n. 65. & seqq.*

Tantò verò minus in proposito de probatione per conjunctionem singulorum plenè facta dubitandum, & Barbatiæ sententia admittenda est, quòd à pluribus Doctoribus traditum sit, etiam unum per se solum ad probationem faciendam sufficere. Ita docendo tenuerunt Menoch. *d. casu 89. n. 96.* Vasqu. *lib. 2. illustr. controversf. 85. nu. 20.* Vivius *commun opin. lib. 2 opin. 124.* & post alios à se allegatos consulendo secuti sunt Alex. *d. consf. 51. nu. 5. vol. 1. & d. consf. 88. nu. 9. & 10. & consf. 60. num. 4. vol. 6.* Dec. *consf. 54.* Castrensf. *d. consf. 151. num. 1. versic. quartò videtur.* Parisf. *d. consil. 10. num. 72.*

Hisce omnibus accedit, quòd ex nominatione, tractatu & fama communi quis constituatur in quasi possessione consanguinitatis sive cognationis, quòd cùm generaliter in quavis materia receptum sit, ut † ex tractatu quasi possessio juris 46
istius, in quo quis pro tali tractatus est, acquiratur, autore Oldrado *consil. 244. num. 9. & consil. 254. nu. 5.* & post alios Pacian. *d. c. 12. n. 12.* tum verò in terminis consanguinitatis probandæ, quòd per nominationem nominatus constituatur in quasi possessione consanguinitatis, id docuit Jasf. *in d. l. neq; professio*, & ante ipsum Bartol. *in l. 1.* ibidemq; Hippolyt *n. 9. ff. de quasf.* etiamsi nominatio facta fuisset incidenter, *Cravet. consf. 950. nu. 7. & 8.* & de tractatu idem docuit Bartol. *in l. 1. ff. de liber. agnosc.* & de communi opinione hominum idem tradiderunt Jacob. Butrigar. *in l. quidam, ff. de probat.* Ant de Butr. *in d. c. transmissæ, col. 2. versf. quandoq; adest sola communis opinio.* Alex. *d. consf. 51. num. 2. & consf. 90. nu. 1. vol. 2. & d. consf. 88. nu. 7.* Ruin. *d. consil. 128. num. 9. vol. 4.* idemq; de epistolis, in quibus quis frater nominatus est, docet Bartol. *in d. l. non epistolis, in lect. antiq.* dicens hanc

hanc esse veritatem, quòd per illas epistolas inducitur quasi possessio fraternitatis.

47 Ea autem vi hæc quasi † possessio consanguinitatis est prædita, ut consanguinitas ipsa exinde præsumatur, eademq; justificata esse censeatur, quousq; probetur cótrarium, nimirum eum qui in possessione consanguinitatis est, consanguineum verè non esse, quomodo probandi onus, & quidem negativam in adversarium rejicitur, *per glossam in d. c. Michael, ubi idem tradunt Canonistæ communiter, Felin. in d. c. per tuas, num 13. & 17. & ibid. Dec. num. 14. versic. secundo quod habitus. Panormit. in d. c. transmissa.* Idem docet Bartol. *in d. l. non nudis, in lectur. antiqua*, ubi ait sufficere quasi possessionem, donec probetur contrarium, *& in d. l. non epistolis, in lect. antiq.* quando, inquit, jus fraternitatis in judicio venit incidenter, nèputa, quia principaliter agitur de dividenda hereditate, ut in casu *d. l. non epistolis*, tunc præsumitur frater, donec probetur contrarium. Idem Bart. *in d. l. non nudis, n. 1.* ubi scribit, quòd ille qui est in possessione consanguinitatis præsumatur consanguineus, nisi probetur contrarium. Nec dissentit Bald. *in d. l. non epistolis*, ubi ita format casum: quidam in quadam epistola scripsit cuidam ancillæ, confitendo, quòd ipsa erat soror ejus, ista hoc videns impetravit rescriptum super divisione hereditatis, in quo rescripto faciebat mentionem sororitatis, quæritur nunquid ex hujusmodi epistola vel rescripto, vel utroq; simul juncto probetur sororitas, & fundetur judicium divisorium? respondet Imperator, quòd aut tu quæris, quo ad esse, & non inducitur sororitas, nec communio: aut tu quæris, quantum ad præsumptionem, & præsumitur sororitas, nisi probetur contrarium. Hanc eandem probationem desiderant Alberic. de Rosate *in d. l. non epistolis*, & Jas. *in d. l. neq. professio*, & multis aliis ad hoc adductis & cófirmatis consulendo amplexi sunt Alex. *d. cons. 51. n. 2. vers. & sufficeret, & nu. 20. vers. transfertur*, ubi Molin. *in addit.* & *d. cons. 88. nu. 7. vers. & talis quasi possessio.* Ruin. *d. cons. 128. n. 8. & cons. 5. n. 18. & cons. 53. n. 4. & cons. 141. n. 17. vol. 5.* Cephal. *cons. 435. n. 51.* Dec. *d. cons. 54. col. 2.* ubi post alios à se citatos ait, quòd adeò tractatus, quem in possessione filiationis constituat, ut adversario incumbat onus probandi. Atq; hanc communé esse Doctorum sententiã testantur Flor. *in d. l. quidã, n. 4. vers. tertio modo ff. de prob.* Meno. *d. casu 89. n. 86.* Soc. jun. *cons. 67. n. 11. vol. 4.* Rol. à Valle *cons. 22. n. 25. vol. 3.*

48 Etsi verò † apud antiquos dubitatum fuerit, an aliqua fraternitatis & ulterioris consanguinitatis quasi possessio esse possit, sicuti est quasi possessio filiationis, de qua testatur Cyn. *in d. l. non epistolis, in fi.* nónullis etiam id negantibus, cujus opinionis autor fuit Jacob. de Raven. ut ibidem attestatur Cynus, quam postea secuti sunt Anchat. *cons. 52. n. 7. vers. ulterius quæritur*, & Decius *d. cons. 321. num. 9. vers. tertiò etiam respondetur, & cons. 524. in prin.* sententia tamen contraria, quòd etiam in fraternitate & consanguinitate ulteriore sit dare possessionem, obtinuit communius, idq; autoritate glossæ *in d. l. nó epistolis*, per quam Cynus *ibid. in fine* dicit determinatum fuisse in illo dubio, quòd erat quasi possessio fraternitatis, & probatio ejus sufficiat, donec fiscus probaret contrarium, & post Cynum ibidem Azo, *n. 4.* ubi scribit, si fuit in possessione fraternitatis, præjudicaret, & oporteret eum probare contra, atq; idem de possessione fraternitatis respondit Cephal. *cons. 13 n. 4. vol. 1.* & Castrens. *d. cons. 151. n. 1. vers. & primò*, atq; non de fraternitate duntaxat, sed ulteriore etiam consanguinitate id intelligendum esse disertè docet Bart. *in d. l. non nudis, in lect. antiqua*, cum ait notandum esse, quòd sit possessio fraternitatis, & cujuslibet alterius consanguinitatis, & *in lect. altera, n. 1. in f.* cum dixisset, quòd ille, qui est in quasi possessione consanguinitatis, præsumatur consanguineus, nisi probetur contrarium, mox subdit, idem esse in qualibet consanguinitate. Idem tradit Castr. *in d. l. non epistolis, n. 2.* ex Cyno referens, quòd sicut reperitur possessorium filiationis & paternitatis, ita reperiatur possessorium fraternitatis & sororitatis, vel alterius consanguinitatis, ut sic illa quasi possessio relevet ab onere probandi. Atque ad hoc confirmandum plures allegat Pacian. *d. c. 12. n. 11.* & inter ceteros Mandell. *d. cons. 83. num. 21.* qui disertè dicit, Decium contrarium tenentem malè dixisse.

Non igitur obstant, quæ de probanda affirmativa, & non probanda negativa ab initio in medium afferebantur. Sunt † enim illa vera re- 49
gulariter: secus autem est, quando quis negat id, quod pro se juris habet præsumptionem, quia eo casu, eum, qui negat, teneri ad probationem negativæ, & quidem per testes omni exceptione majores post multos à se adductos confirmat Herculan. *in tract. de prob. negat. n. 4. & 150.* Hinc probari debet, quòd is, qui natus est ex adultera, quæ deseruit maritum sine judicio Ecclesiæ, filius non sit mariti adulteræ, tametsi id sit difficile, *Cynus in l. si vicinis, n. 4. C. de nupt.* Atq; ita negativã, quem non esse consanguineum, qui tamen est in quasi possessione consanguinitatis, probandã esse à negante tradit idem Cyn. *in d. l. non nudis, n. 1.* quo casu, cur recedatur à regula juris communi, quòd affirmanti, non neganti incumbat probatio, eleganter explicavit Bald. *in d. l. non epistolis, n. 6. & in d. l. non nudis, n. 3. & seq.* & multò clarius Sich. *in d. l. non nudis, n. 2.* ubi dicit, per nudam vel solam asseverationem filiationis, non est probata vera filiatio, quamvis illa asseveratio hoc efficiat, ut negans deinde asseveratũ, probare teneatur, & mox *n. 4.* subdit, quomodo negativam illã probabit, cùm negativa probari non possit, & vulgò dicatur, non debere fieri positionem negativam, quia non possit probari, adeò ut adversarius non cogatur respondere positioni negativæ? Ad hoc est respondendum: Negativam regulariter non posse probari, præsertim non coarctatam loco vel tempore, tamen hic esse singularem casum, in quo probetur negativa.

Ex quibus omnibus huc usq; deductis intelligitur, non obstare ea, quæ de nominatione sola, itemq; tractatu solo, & communi hominum opinione nó probante consanguinitatem suprà di-
cta sunt. Vera † enim sunt illa de probatione di- 50
recta consanguinitatis, itemq; de ipsa cósanguinitatis substantia, cùm propter meum vel tuum dicere rei veritas non immutetur. Ita hanc rem declarat Bald. *in d. l. neq. possessio, nu. 1.* ubi quærit:

Utrum denominatio filii faciat probationem filiationis? & respondet: aut loquimur de probatione necessariò concludente, & nō facit probationē, *ut in l. neq; professio*, aut de probatione præsumta, & hic facit probationem, *ut in d.c. per tuas, & in l. uxore ff. de manumiss. testa.* nisi contrarium probetur, & faciunt quæ scribit idem Bald. *in d.l. non nudis, n.5.* & Castr. *d. consf. 151. n. 1. verf. & primò videntur*, ubi ait, ex probatione quasi possessionis cōsanguinitatis resultare præsumptionē proprietatis, & Pacian. *d.c. 12. nu. 14.* Atq; ita Dd. omnes censentes filiationem, aut fraternitatem, aut consanguinitatem ex sola nominatione non probari accipiendos esse, ex ipsorum ita sentientium interpretationibus sive responsis satis manifestum est, quin etiam satis abundè paulò ante à nobis demonstratum, nominationem ad consanguinitatem actorum probandam sufficere.

51 Ostensum etiam est, quantum † epistolis hac in re tribuendum sit, & quæ in contrarium afferuntur declaratione Baldi *in d.l. non epistolis, nu. 5.* dissolvi possunt, præter alia, quæ ex superioribus per se patent. Ita enim Baldus *dicto loco* ait, quando epistola continet parentelæ vel libertatis enunciationem, & tunc aut loquitur, quo ad vim productivam, & non producit, quia vis productiva requirit aliud organum, quàm epistolam, aut quo ad vim probationis, & hic aut verba sunt assertoria, aut narratoria emissa principaliter propter aliud: primo casu statur, nisi contrarium probetur, secundo casu non statur.

52 Quòd autem dicebatur † assertivam enunciationem sive nominationem non inducere probationem, sed nec præsumptionem in præjudicium eorum, qui nominationi nō consenserunt, id verum est eo casu, quo certum est nominatum non esse consanguineum, argumento ejus quod consuluit Castr. *d. consf. 151. n. 1. verf. tertiò videtur*, deinde illud ita accipiendum est, non esse probationem sive præsumptionem istam tam certam & legitimam, ut non admittat probationem in contrarium, & præterea Doctores allegati eo in casu loquuntur, quo legitimatio est facta, ejus, qui dubitabatur, an filius fuisset, & filiatio probabatur ex nominatione, cui si consensissent hi, quorum intererat, sibi præjudicassent, ut è contrario sibi præjudicare dicendi non sint, si non consensissent.

53 Non obstat usus † nominandi filium, patrem, fratrem, sororem, vel alio modo, eum qui cōsanguineus non sit, quia præter id quòd concurrunt multa alia, quæ nominationem hanc in casu proposito adjuvant, in Germania nostra ut usus sit aliquis in filio, filia, patre, matre, fratre & sorore, tamen non est idem usus sive abusus appellationum in consanguineis ultra fratres & sorores. Nemo enim quem suum Vettern appellet, nisi qui idem is sit, quicquid etiam dicat Wesembecius, quem solum animadvertimus extendisse appellationem, der Vettern/ quod non fecerunt Decianus, Castrensis, Baldus & Azo, qui fratrum tantùm & dominorum meminerunt.

Sed concurrit hic etiam tractatus, ex quo probationem esse relevantem suprà probatum est, &

54 ad ea † quæ è contrario opponebantur responderi potest verbis Castrensis *d. consf. 151. n. 1. verf. tertiò*, quæ sunt hujusmodi: Tertiò videtur dictas attestationes non sufficere, quia debent necessariò concludere: sed actus, de quibus isti testes deponunt, conveniunt etiam non fratribus, sed penitus extraneis, qui tamen se fraterna dilectione diligant. Sed ad hoc respondetur, quòd testes debent concludere necessariò, ut dictum est, vel etiam præsumptivè præsumptione à jure approbata. Sed ex eo, quòd tales se habuerunt pro fratribus, & ita se nominaverint & appellaverint, & ita ab aliis notis & vicinis fuerint nominati, tenti & reputati, sicuti deponunt isti testes, resultat præsumptio juris, quòd tales fuerint, nisi contrariū probetur, & sic non obstat *d. l. nemo, §. qui frater*, quia loquitur, quando de contrario apparebat, scilicet, quòd non erant fratres, hic secus. Hactenus Castrensis.

Actus verò ex parte actorum allegati, qui non facilè conveniant aliis, quàm his, qui verè cognati sunt, puta invitationem ad convivia extra locum habitationis, invitationē ad nuptias, transvectionē ad nuptias, adhibitionem ad confectionem pactorum dotalium, præsertim in quibus ipsi appellantur Verwandten/ suprà pluribus deductum & confirmatum est.

Quamvis autē singula per se sola ad probationē sufficiunt, tamen ut maximè per se singula non sufficerent, omninò probarent invicē juncta, ut supra probavimus, confutata And. Barbatiæ contrariū tenentis opinione, quam nec Cravetta, utpote qui hoc argumēto inter dubitandi rationes usus est, adeoq; se in illo nō firmat, nec Jason qui in aliis terminis locutus est, approbarunt.

Possessorium verò etiam in cognatione, quæ est ultra parentes & liberos, dari extra controversiam est, ut de eo hodie amplius dubitandum non sit.

Non etiam obstat, quòd † non consanguinitatem tantùm, sed etiam gradum consanguinitatis nonnulli probatum volunt. Id enim, ut ait Mandell. *d. consf. 83 n. 23.* est evidenter falsum, quia si probaretur consanguinitas per gradus, censeretur probata non solùm quasi possessio ejus, sed etiā esset probata quasi proprietas, *ut in c. tuam nos*, & contrarium in effectu præsupponunt Doctores omnes, præsertim Alex. *consf. 51. vol. 1.* Idē sensit Rube. Alex. *in l. Gallus, §. quidam rectè, col. 34. verf. sed hic quero quomodo possit, ff. de lib. & posth.* 55

Et profectò ita est, ut si examinentur Doctorum scripta, qui de consanguinitate probanda ad effectum constituendi aliquem in possessione consanguinitatis, etiam eo casu, quo de successione est quæstio aut commentando aut consulendo scripserunt, manifestum sit plerosq; omnes indistinctè locutos, & sese in sola probatione consanguinitatis non facta mentione gradus cōsanguinitatis fundasse.

Nec immeritò. Ut enim rationem ejus sententiæ ex Mandello modò allatam prætereamus, quam eandem etiam attigit Pacian. *d.c. 12. nu. 29. verf. quorum traditio*, facilè futurum esset, si esset probandus etiam consanguinitatis gradus, ut ex probationis inopia intra decimum alioqui constituti gradum excluderentur à successione, quod utiq; esset iniquissimum. Semper † enim durum ac iniquum visum est eos à bonis defuncti manere ex- 56

se exclusos, quos ratio sanguinis naturalis, æquitas & lex ipsa naturæ ad illa vocat, ut probat Pistor. *consil. 25. nu. 11. vol. 1. arg. l. hac parte, ff. unde cogn. l. maximum vicium, C. de lib. pret. l. si. C. quor. bonor. & § sed nos, Inst. de Senatusconsf. Tertyll.*

Ex quo mirum non est hodie à jure communi per consuetudinem recessum esse, ut sicuti in linea ascendentium & descendentium succes-
57 sio fit in infinitum, ita † etiam in linea collateralium successio amplius ad decimum gradum coarctata non sit, sed etiam ipsa fiat in infinitum, de qua consuetudine testatur Wesembec. *in addit. ad Schneidwin. sub tit. de success. fisci, n. 14. vers. Tertiò ampliatur*, ubi cùm Schneidwinus ex jure communi retulisset, quòd extantibus consanguineis collateralibus ultra decimum gradum, fiscus in successione præferatur, addit Wesembecius in margine, id non servari, idemq; annotaverat paulò ante *sub tit. de tertio ordine succedēdi, n. 39.* ubi ait hodie sine ulla limitatione in infinitum tā in allodialibus, quàm in feudalibus admittuntur etiam à latere, & licet Wesemb. subjiciat, eos admitti qui proximitatem gradus probare possunt, id tamen non est ita accipiendū, quasi velit gradum probari ad eum finem, ut appareat, an is qui à latere venit intra decimum gradum sit constitutus, quia hoc esset ei quod antè dixerat è diametro contrarium, sed quòd successio illa collateralium in infinitum omni casu fiat salva gradus prærogativa, ut qui est in gradu proximior. præferatur ei, qui remotior est, in quo collateralium concursū nemo unquam dubitavit proximitatem gradus probandam esse.

Ut maximè igitur contrariam sententiam cōmuniter receptā testetur Wesembecius, tamen non paucos esse qui aliter opinentur fatetur, quibus ipse etiam *in d. § fi n. 4.* expressè adstipulatur, dicens se credere etiam ultra decimum gradum in infinitū collaterales admittendos, cùm textus nullam limitationē aut definitionem graduum addat. Atq; hæc in docēdo fuit Wesembecii sententia, quam alteri illi contrariæ *in d. consf. 41.* traditā præferendam arbitramur, quòd obiter illam hic attigerit causæ cui inserviebat exaggerandæ causa, per ea quæ tradit Mynsf. *cent. 6. obs. 60.* cujus Wesembecii testimonium de nō usu juris communis prævalere debet testimonio Mynsingeri de usu, ut quod illo sit posterius, & generaliter receptum sit posteriora præferenda esse prioribus, *Pistor. consf. 36. n. 2. vol. 2.*

Non igitur quid vel Pacianus vel alii senserint attendendum est, sed quid usu receptum sit, per tradita à nostris *in l. de quibus, ff. de legib.* atq; adeò cùm in infinitum collaterales hodie admittātur, omnis illa probatio de probanda consanguinitate intra decimum gradum hodie est irrelevans, eamq; ob causam non admittenda. Quæ † enim
58 probata non relevant, ad probandum admitti nō debent, *l. ad probationem, C. de probat. c. cum contingat. & ibi glo. de offic. deleg. c. quia verosimile, de præsumpt. c. dilecti filii, de except.*

Quod tantò magis dicendum est, quòd ut maximè adhuc esset controversum, an probatio gradus consanguinitatis sit necessaria, prout olim controversum fuisse & disputatū inter Doctores refert Mandell. *consf. 61. n. 2.* & Wesf. *in d. § fin. n. 4.* *verb. decimo gradu.* tamen † in dubio contra fiscum judicandum foret, *l. non puto, ff. de jure fisci. Menoch. consf. 451. n. 40. vo. 5. Decian. consf. 57. n. 37. vol. 2. Bursat. consf. 146. n. 5. vol. 2.* Cur enim, inquit Wesf. *in d. § fin. n. 4.* propinqui etiam remotioris gradus non potius admittantur, quàm fiscus alioqui successurus? 59

Atq; pro hac sententia in consilio Neapolitano judicatū fuisse testis est omni exceptione major Matth. de Afflict. *decis. Neapol. 25. n. 1.* ubi dicit, in causa petitionis hereditatis petitæ per quandam sororem sororis defunctæ sine filiis, fuit dubitatum, utrum sufficiat agenti petitione hereditatis solum probasse quasi possessionē sororitatis; & per omnes Dominos fuit conclusum, quòd sic.

Quòd autem in cōsanguinitate probanda etiam proximitatem gradus probari desiderant, id verum est, quando controversia versatur inter duos consanguineos de proximitate contendentes, prout declarat Pacian. *d. cap. 12. num. 25.* & tunc, inquit, nemini dubium est, quòd qui obtinere voluerit, debebit probare per distinctionem graduum, se esse proximiorem illi, de cujus hereditate agitur.

At secus est si agatur cum alio ? puta fisco sive extraneo, inter quos controversia de proximitate esse non potest, cùm proximitas sit gradus, gradus autem sit consanguinitatis, atque tùm eo ipso, quòd † consanguinitas probatur 60
in genere præsumitur probata esse proximitas, ita ut onus probandi contrarium in adversarium transferatur, ut docet Alexand. & Jas. *in d. l. is potest.* Ruin. *consil. 154. nu. 4. vol. 3.* Cravet. *consil. 249. in fine princip. vol. 2.* Burlat. *consil. 88. num. 1. vol. 1.* & alii relati à Paciano *d. cap. 12. nu. 26. versic. sed in contrarium*, quam crebriorem esse Doctorum sententiam testantur Cephal *consil. 133. nu. 53. vol. 1.* & Nevizan. *consil. 10. n. 8.* & pro ista sententia Jas. *in d. l. is potest, n. 86.* inducit *l. ex facto, § penult. ff. ad Trebell.* quem dicit reputatum singularem, ibiq; addit tenendum cum opinione Raphaëlis, Ludovici & Alexandri, etiamsi Aretinus contrarium tenuerit per aliqua, quæ in proposito nostro parum videntur facere.

Nec quidquam facit, quod ex Nicolao Everhardo afferebatur, quòd † probandum sit consan- 61
guinitatē causatam ex matrimonio legitimo, quia respondetur, sicut filius vel agnatus non spurius sed legitimus reputatur ex communiori, ita & quidem multò magis id procedere in filio & agnato, qui sit in possessione filiationis & agnationis legitimæ, quia talis præsumitur, & probandi contrarium onus transfert in adversarium, *Angel. consf. 87. in fine, Ruin. d. consf. 128. n. 8. & seq. Socin. jun. consf. 39. n. 16. vol. 3. Cephal. consf. 137. n. 4. Alciat. consf. 6. n. 22. Marzar. consf. 29. n. 2. vol. 1.* quod pluribus persequitur Palæot. *de nothis & spuriis, c. 20. n. 3. & seqq.*

Quod ad prætensum speciale privilegium attinet, quo fiscus in obtinenda hæreditate Sempronii defuncti præ actoribus se potiorem esse arbitratur, de eo nihil certi respōdere possumus, quandoquidē tenorem asserti istius privilegii hactenus non vidimus. Sanè si illud privilegium esset ejusmodi, ut fiscus succedēdi jus haberet non tantùm in bonis spurii sive naturalis, qui talis

 mansit,

mansit, sed etiam in bonis spurii sive naturalis, qui postea legitimatus est, tùm hæc controversia omnis ex parte fisci esset expedita, ipseq; foret ab impetitione actorum absolvendus.

At si non ea esset vis privilegii, ut fiscus etiam legitimatione facta non obstante succedendi jus haberet, non videmus ex qua causa fiscus actoribus consanguineis sit præferendus. Habuisse enim D. Raphaëlem Seilerum potestatem legitimandi, ita ut legitimatus etiam ab intestato cognatorum & agnatorum hereditates acquirere posset, ex tenore privilegii comitatus sui apparet, quo ipso facultatem etiam legitimandi habuisse intelligitur, ut vice versa cognati & agnati ipsi ab intestato succederent, quia successiones sunt reciprocæ, quorum reciprocorum ea est natura, ut quod in uno est dispositum, idem censeatur esse

62 dispositum etiam in altero. Posse † autem alterari vel tolli successionem ab Imperatore vel Comite Palatino tradunt omnes *in d. l. Gallus. §. & quid si tantum*, ubi cumprimis Jas. *n.122.* & Socin. *n.23.* & alii adducti à Paris. *cons.1.n.60.vol.2.*

Deinde idē in effectu voluisse Comitem Palatinū apparet ex tenore legitimationis, quo Sempronium voluit esse restitutum ad omnia, nullo penitus deficiente, atq; adeò ex consequenti etiam ad hoc, ut heredes sive successores ipse haberet ab intestato. Nisi enim ad hoc etiam esset restitutus, non esset restitutus ad omnia, neq; uteretur omnibus juribus, privilegiis, dignitatibus & honoribus quibus utuntur ex ipso matrimonio legitimo nati, quod tenori legitimationis adversatur, & absurdum esset, cum ipsi Sempronio esset concessum jus succedendi ex testamento vel ab intestato in bonis paternis & maternis, itemq; agnatorum & cognatorū suorum, ipsum Sempronium vicissim non habere agnatos & cognatos suos ab intestato heredes, quoniam ea ratione successio claudicaret contra regulam reci-

63 procationis quæ † est in successionibus, prout tu succedis mihi, ita ego tibi, *per l. si ab eo, l. lege duodecim. C. de legit. her. l. communium, C. de natur. lib. Alc. cons.507.n.5. & cons.543.n.1. Curt. jun. cons.49. n.15. Soc. jun. cons.116. n.30. vol.1.* eodemq; faciunt notatata à Bartolo & Doctoribus communiter *in l. filiusfamilias, & in l. cum lege. ff. de testam. Alc. cons.746.n.3. & cons.163.n.4. 5. & 12.*

Quod ipsum etiam ex effectu juris intelligitur, quo certum est legitimos sibi invicem succe-

64 dere. Atqui † legitimatus pro eo habetur ac si natus esset legitimus, idq; non tantùm in legitimatis per subsequens matrimonium locum habet, sed etiam in legitimatis per rescriptū Principis.

65 Legitimatos † enim per rescriptum dici verè legitimos, non fictè, probatur per Authent. *quib. mod. natural. effic. legit. § sit igitur licentia*, ibi, *nihil à legitimis differentes*, ponderando dictionem illam NIHIL, quæ est negativa universalis, & ideò omnia impedimenta & omnem differentiam prorsus tollit, *per l. fin. ff. de liber. & posthum.* Idem probatur *in d. authent. § quoniam variè*, ibi, *nihil dissimiles a legitimis*, & *in § reliqui*, ibi, *illas successiones quas habent ii, qui ab initio sunt legitimi*, & *in § illud*, ibi, *nihil a legitimis differentes*, & *in § si quis igitur*, ibi, *legitimatus fiet mox legitimus*, quod verbum FIAT importat veritatem, non fictionem, *secundum Bartolum in l. maritus, § legis, ff. ad leg. Jul. de adulter.* Et quòd per rescriptum legitimati verè sint legitimi, tenent Bartol. *in l. si is qui pro emtore, q.2. versic. idem queritur. ff. de usucap.* Bald. *in l. nuper, C. de natural. liber. & in l. cum accutissimi, C. de fideicomm.* Castrens. *cons.180.n.4. vol.1. & cons.752.n.2. vol.2.* Ruin. *cons.73. n.10. vol.3.* Curt. jun. *cons.153.n.10. & seq. & cons.64. nu.12.* ubi hanc communem esse dicit.

Nec relevat fiscum, quòd legitimatio facta sit den ehelichen und natürlichen Kindern unnd Erben/ allenthalben an ihrem rechten onverletzlich/ quia liberis duntaxat legitimis & naturalibus jus suum reservatur, non fisco, imò hæc liberorum inclusio excludit fiscum, atque si tàm angustè legitimationes constringerentur, nullus posset esse casus quo legitimatus succederet, cùm tamen legitimationes potissimùm ad eum finem fiant, ut succedendi jus sit. Sanè si fisco præjudicari noluisset Comes Palatinus, utiq; id expressisset, nec verbum illud Erben/ generaliter prolatū fiscum includit, cùm illud interpretandum sit ex præcedentibus, quibus per copulam connexum est, ut nulli alii Erben intelligi debeant, quàm illi quos appellarat eheliche und natürliche Kinder/ & præterea ubicunq; unum verbum potest ad plura referri, & potuit clarè exprimi, non sufficit illud confusè & generaliter exprimere, sed in specie & explicitè debet commemorari, *Bald. cons.359. in princ. vol.1. Rom. cons.272. in fine, & cons.526.n.12. Socin. cons.273. in fine, vol.2. Curt. Sen. cons.35.n.27. Cravet. cons.68.n.3. & cons.79.n.2.*

De causa legitimationis factæ rigidius inquirendum non est, quæ qualis esse debeat nulla certa juris regula definitum est, ideoq; judicis arbitrio commissum, quem verosimile est arbitraturum causas legitimationis expressas sufficere, præsertim quòd legitimatio illa facta sit ab egregio Jurisconsulto, & quondam Cameræ Imperialis Adsessore, qui nisi causas pro justis habuisset, Sempronium non legitimasset.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ETsi perinde esse censeamus, petitorio † agatur vel possessorio in casu nobis proposito, 66
quoniam stante probatione quasi possessionis, filiationis, fraternitatis vel cōsanguinitatis, Actor vel Reus sese in ista quasi possessione fundans in causa obtinere debet, non solùm si agatur in possessorio, sed etiam si agatur in petitorio judicio, ex doctrina Bartoli *in l.1. § 1. ff. de quæst. & in l. non nudis, C. de probat. Dec. in c. per tuas, n.9. de probat.* Gozadin. *cons.13. nu.34.* quod etiam tum verum est, cùm de hereditate obtinenda agitur, quam communem esse Doctorum sententiam attestatur Dec. *cons.54.n.3.* Corn. *consil.1.n.22. vol.3.* Cravet. *cons.249 nu.2.* Gribald. *in thes. commun. opin. lit. F. verb. filiatio ista*, Fulgos. *in d. l. non epistolis, & in d. l. non nudis*, & pro magis communi referunt Mandell. *cons.83.n.22.* Menoch. *casu 89. n.71.* & tuetur Fernand. Vasq. *lib.2. illustr. controvers. c.85.n.26.* & Paris. *cons.10. n.61. & seqq. vol.2.* atq; post ipsos egregiè defendit Cravet. *cons.991.n.97. vol.6.* idq; esse indubitatum concurrente tractatu, nominatione & fama testatur Cephal. *consil. 435.n.52.*

435.n.52. addens hanc rationem, quòd hic agatur principaliter de successione, & incidenter de filiatione (quod idem de quavis alia cognatione sive consanguinitate accipiendum est, per ea, quæ suprà dicta sunt) quo casu quasi possessio sufficiat, secundum quod in consilio Neapolitano judicatum esse suprà ex Matthæo de Afflictis retulimus.

Quia tamen sunt non pauci, iiq; magnæ autoritatis Doctores, qui contrariam sententiam amplectuntur, quòd nimirum in petitorio non videatur eam vim habere possessio consanguinitatis, ut utilis sit ad hereditatem evincendam, in qua sententia fuerunt Bald. *in d.c.per tuas, & consil.180.n.3.versic.preterea ubi agitur, vol.3.* Jas. *in d. l. neq; professio, in princip. & consil. 106. in fine, vol. 1. & consil.102. versic. quintò ad idem facit, vol. 4.* Alciat. *de præsumpt.regul.3.præsumpt.38.* Dec. *consil.321. nu. 12. versic. tertiò etiam respondetur.* Paris. *consil.11.nu.29.& consil.12.in fine, vol.2.* Didac. Couvarr. *in epitom.de sponsalib.part.2.c 8.§ 3.nu.9.* Grat. *consil.158.n.9.vol.3.* Ruin. *consil.63.n.12. vol. 2.* Natt. *consil.473.n.85.* adeò ut eam magis receptam esse affirmaverit Cephal. *consil.137.n.6.* Menoch. *consil.181.n.1.vol.2.*

Consultius esse arbitrati sumus possessorio judicio hic experiri. Ad possessorium enim quod attinet, inquit Cravett. *d.consil.991.n.18* juris ambigui non est, quasi possessionem recipi ad hereditatem ab alio etiam occupatam vindicandam. Atque in eo instituendo actores eò tutius
67 versabuntur, quòd juris sit notissimi † in judicio possessorio sufficere probationes etiam leviores & semiplenas, ut tradunt Bartol. *in l. 1. C. quor.bonor.* Alexan. *consil.70.in fine, vol.6.* Marant. *in specul. part. 4. distinct. 9. nu. 41.* idq; in specie consanguinitatis probandæ in possessorio respondit Gozadin. *consil.12. vers. quibus tamen non obstantibus.* Bald. *consil.180.vol.3.* ubi ait, quòd quãdo agitur de successione, quis debet probare se talem, & quòd sufficit probare possessionem, quia in decisoriis petitoris non sufficit possessorium, nisi juris præsumptione approbatum. Unde à contrario infert Rol. à Valle *consil. 22. nu.29. vol.3.* Baldum secus sensisse in possessorio.

In hoc autem possessorio incidenter proprietas etiam ipsa deduci potest, sicuti factũ est in eo casu, de quo respondit Castrens. *d. consil. 151.* ubi *nu. 1.* ait ex quasi possessione resultare præsumptionem proprietatis, & in fine concludit probatam esse possessionem fraternitatis, & illud sufficere ad intentionem agentium fundandam.
68 Et aliàs in genere juris est non obscuti, quòd † ex possessione probetur proprietas incidenter deducta, ad quod est glossa *in l. sicut, § si quæratur, ff. si servit. vindicet.* Bart. *in l. quidam in suo, ff. de condit. institut.* Angel. *in § sic itaq; n.5. & ibid.* Jason *n.26. Instit. de action.* idem Jason *in l. à divo Pio, §. si super rebus, n.5. ff. de re judic.* Ripa *in l. rem quæ nobis, n.54. & seq. ff. de acq. possess.*

Cæterùm de probatione consanguinitatis in proposito nostro an ea in petitorio sufficiat, non attinet quidquam amplius dicere. Nam ex his, quæ in resolutione primæ quæstionis sunt deducta, tàm manifestum est, probationem istam in possessorio sufficere, ut affirmare non dubitemus eam etiam in petitorio esse sufficientem, ut ambigendum non sit, actorum intentionem contra fiscum satis superq; fundatam, eamq; ob causam fiscum ad restitutionem bonorum à Sempronio relictorum unà cum fructibus & interesse condemnandum esse. Certi enim juris est, actoris intentione fundata, eaq; exceptionibus rei conventi non elisa sive perempta, pro actore pronunciandum esse.

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

EST quidem perspicua illa juris regula, quòd † deficientibus descendentibus, ascendentibus & collateralibus conjuges sibi invicem succedant & fisco præferantur, tum demùm fisco admisso, si nec conjux supersit, quod ita constituit Theodosius Imperator *in l. un. C. unde vir & uxor,* his verbis: Maritus & uxor, si deficiat omnis parẽtum, liberorum & propinquorum legitima successio invicem ab intestato succedat, fisco excluso, quod ibi notat glossa, Bartolus & ceteri omnes, *& in l. unica, C. de heredit. decur.* Bartol. ex gloss. *in l. vacantia, C. de bonis vacant. lib. 10.* Franc. Marc. *decis. Gratianop. 679. n. 1. & seq. vol. 1.* Afflict. *in c. 1. verb. bona vacantia, nu. 3. quæ sint regal.* Chassan. *in consuetudin. Burgund. sub tit. des fiefs, rubr. 3. § 8. n. 35.* 69

Sed aliud in proposita facti specie statuendum esse videbatur in successione bonorum à defuncto Sempronio relictorum fiscum anteponendo Sempronii uxori nunc viduæ superstiti, idq; propter peculiarem Sempronii provisionem in pactis dotalibus cum vidua sua factam, in quibus cùm disposuisset, quid uxorẽ suam in eum casum, quo sibi superstes esset futura, de bonis suis habere vellet, mox subjicit, Was aber seine andere zugebrachte ligende Güter / fahrung vnnd errungenschafft anlangen thut / ist beredt / daß es mit solchem allen nach N. Landtordnung gehalten werden soll / quæ † specialis hominis provisio cessare facit generalem illam legis provisionem de mutua conjugum successione factam, *per text. in l. cum ex filio, § filio impuberi, ff. de vulgar. & pupill substitut. & in l. 3. ff. de pact. dotal. & in l. fi. C. de pact. convent. & in l. ubi adhuc, C. de jure dot.* 70

Etsi verò de tenore ordinationis istius, secundum quam Sempronius in casum prædictum sibi succedi voluit, nihil omninò nobis constet, dubium tamen nullum est, quin Sempronius uxorem exclusam voluerit, ut ita deficientibus consanguineis locus fiat fisco, isque in successione includatur, juxta tradita à Wesembec. *consil. 94. num. 34.* quæ dispositio tantò est favorabilior, quòd per eam res reducatur ad morem sive consuetudinem loci, in quo dispositio facta est, quomodo argumentatur Decian. *consil. 46. n. 35. vol. 2.*

Verùm circumstantiis pactorum dotalium totiusq; negocii accuratius perpensis, verius & juri atq; æquitati magis consentaneum esse putamus, pacto dotali non obstante viduę causam esse potiorem, ideoq; ipsam fisco in successione præferendam esse.

Primùm enim omnium vidua supradictam juris regulam de conjugibus præferendis fisco pro se

71 pro se habet, cui † semper standum est, *c. ad decimas, de restitut. spoliat.* quoad exceptio probetur, *Wensemb. cons. 1. n. 11.* Qui enim regula generali nititur, pro illo res dicitur esse certa, *Bartol. in l. quoties ff. si quis caution. Dec. & Cagnol. in l. 1 ff. de regul. jur.* & qui regulam pro se habet, jus certum pro se habere dicitur, ut post alios docuit Andr. Geil. *lib. 2. obser. pract. 150. n. 3.* imò regula idem est quod jus, *Corat. de commun. opin. lib. 2. c. 9. nu. 31.* ideoq; pro eo, tanquam intentionem fundatam habente præsumendum esse, nisi ex adverso probetur contrarium, ait Bald. *in l. si inter, C. de commun. serv. manumittend. & in c. 1. col. 2. de alienat. judic. mut. caus. fact. cum similibus, de quibus Signorol. cons. 22. n. 9. & Dec. cons. 552. n. 2.*

Deinde certum est Sempronium decessisse intestatum: at ordini successionis ab intestato jure definito pactis derogari non potest. Heredi-
72 tas † enim pactis nec dari nec adimi potest, sed defertur tantùm ex testamento vel ab intestato secundum juris dispositionem, *text. est in l. hereditas, C. de pact. convent. & gloss. in l. Epistola, ff. de pact.* quod non tantùm de hereditate tota, sed etiam de ejus quota verum est, ut *in l. fin. C. de pact.* tradit post Purpurat. & Decium Cagnol. *nu. 277.* Socin. jun. *cons. 143. nu. 8. vol. 1.* Hieron. Gabriel. *cons. 137. n. 4.*

73 Tertiò, cùm † nulla dispositio tam sit generalis, quæ non recipiat restrictionem à verosimili mente disponentis, *Angel. cons. 149. n. 2. Castrens. consil. 332. n. 1. vol. 1. Dec. cons. 532 n. 9.* tum verò idem hic etiam faciendum est, quòd maximè sit verosimile Sempronium maluisse viduam suam sibi succedere, quàm fiscum. Quis enim credat
74 voluisse Sempronium uxorem † suam consortem rerum humanarum & divinarum, quinimò ipsius vitæ sociam, *l. 1. ff. de ritu nupt. l. adversus, C. de crimine expilat. heredit.* quæq; cum marito una persona reputatur, *c. Admonete 37 q. 2.* excludere, eiq; fiscum præferre, cùm nulla subesset causa, cur fiscum viduæ suæ præferri vellet.

At quartò loco sanguinis conjunctio, quæ erat inter ipsum & ipsius cognatos, qui in pactis appellantur seine verwandten/causam præbet urgentissimam, cur sanguine junctos uxori præferri maluerit, quorum intuitu & contemplatione sine dubio certam portionem uxori assignatam voluit, ut quod in favorem consanguineorum est dispositum, non sit trahendum in favorem fisci in præjudicium conjugis, argumento eorum quæ respondit Decian. *cons. 31. n. 104. vol. 1. & cons.*
75 *43. n. 38. vol. 2.* Atq; † ab hac principali intentione & causa hic actus judicandus est, utpote quæ Sempronium ad ita disponendum movit, ut volunt Bald. & communiter omnes *in l. si quis nec causam, & in l. rogasti, ff. de reb. credit. si cert. petat.* non etiam ex eo, quòd actui incidenter potuit esse consequens, quia verbum unum ubicunque potest ad plura referri, & præterea potuit clarè exprimi, non sufficit illud confusè & generaliter exprimere, ut ad finem resolutionis quæstionis primæ dictum est. Et quia non est dubium Sempronium in hac sua dispositione non fisco sed consanguineis suis prospicere voluisse, ex hac dispositionis causa certis personis conveniente
76 dispositio restringi debet, siquidem † effectus rerum ex causis cognoscuntur, *l. 2. § fin. & l. seq. ff. de dolo, l. voluntas, C. de fideicommiss.* & ideò dicit Bald. *in l. jubemus, C. ad Senatusc. Vellejan. in l. 1. col. 5. vers. quo ad tertium, C. qui admitti,* quòd renunciatio & quælibet dispositio semper restringatur ad suam causam, quod dictum sequuntur Socin. *cons. 24. n. 11. & seq. vol. 1.* & Paris. *cons. 88. n. 48. vol. 1.* cujus hæc est ratio, quia omnis dispositio, quantumcunq; generalis, debet restringi ex ratione etiam præsumpta & conjecturata, *Dec. in c. suggestum, not. 2. de appellat.* & ratio rationis est, quia cùm omnia dependeant à mente disponentis, causa & ratio dispositionis est ipsa mens disponentis, ut docet Dyn. *in c. fin. in fine, de regul. jur. in 6.* ad quod plura accumulat Tiber. Decian. *cons. 5. nu. 10. vol. 5.* Quibus & consequens est, ut si consanguinei nulli extent, dispositionis † ratione 77
cessante, cesset ipsa dispositio, & res ad jus commune reducatur, cùm cessante causa cessare etiam debeat ejus effectus, ut in terminis dispositionis arguit Tiber. Decian. *cons. 19. nu. 62. versic. decimoquartò, vol. 3. & cons. 41. n. 21. vol. 1.* & dispositionem cessare cessante præsupposito ejus consuluit idem Decian. *cons. 29. n. 28. vol. 4.* & in specie cessante causa exclusionis & impedimenti cessare ipsum impedimentum & exclusionem respondit Menoch. *cons. 331. n. 54. vol. 4.*

Quintò, certum est eo tempore, quo hæc pacta dotalia facta sunt, Sempronium habuisse cõsanguineos, prout ex ipsa dispositione pactorum dotalium patet, neq; ipse Sempronius in alia fuit sententia, quàm se habiturum esse consanguineos hereditatis suæ capaces. Quare si tempore mortis non habuit consanguineos hereditatis suæ capaces, admittitur vidua & ex mente ipsius, & ex dispositione juris communis, & ex dispositione ordinationis, in qua sine dubio successio conjugum præfertur successioni fisci, ut ita vidua etiam in hac ipsa dispositione intentionem suam fundatam habeat. Quælibet † enim dispositio 78
interpretanda est rebus ita stantibus, sive in eodem statu permanentibus, tametsi dispositio valde sit generalis, *text. est in l. quod servus, ff. de condict. ob caus. & in l. quæstio, § inter locatorem, ff. locati, & in l. ex facto, in prin. ff. de vulg. & pupill. subst. & in l. fin. C. de sponsal.*

Sextò, atq; hæc interpretatio in favorem viduæ eò magis est amplectenda, quòd per eam dispositio conformetur juri communi, & ut existimamus etiam ordinationi. Res enim † quæli- 79
bet facilè ad primævam suam naturã reducitur, *c. ab exordio, dist. 35. l. si unus, § pactus ne peteret, ff. de pactis.* & interpretatio illa in dubio est facienda quę est benignior, minusq; juri communi derogat, *juxta gl. in c. statutum, de prebend. in 6. Jas. in auth. quas actiones, C. de sacrosanct. Eccl. Paris. cons. 21. n. 31. & seq. vol. 1.*

Septimò, eandem illam interpretationem æquitas desiderat. Quid enim æquius, quàm ut quæ bonorum & malorum consors fuit, præ fisco, qui omninò est extraneus, admittatur? quo argumento in præferendis consanguineis fisco usus est Wesembec. *in § fin. in fine, Instit. de cognat. success.*

Octavò, quòd si res adhuc esset dubia, in † eo 80
dubio contra fiscum pronunciandum foret, per ea quæ

ea quæ hac de re in resolutione quæstionis primæ dicta sunt.

Quibus omnibus postremo loco etiam hoc accedit, quòd non apparet viduam Sempronii in pacta illa dotalia consensisse, vel ea postea ratum habuisse. At rem inter alios actam tertio non nocere, & quòd uni per alterum conditio iniqua inferri non debeat, & quod factum cuiq; suum nocere debeat, non alteri, tam est manifestum, ut deductione aliqua ulteriore non indigeat.

Hæc cùm ita se habeant, per seipsum concidit, quod ex pactis dotalibus in favorem fisci proferri posse videbatur, imò si penitiùs rerum momenta attendantur, oppidò constabit non fisco sed viduæ pacta illa patrocinari, quæ cùm ex dictis pateant, ulteriore ejus deductione opus non est.

QUARTÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

81 HÆc quæstio nihil habet difficultatis, cùm juris sit certi quemlibet † esse rerum suarum arbitrum & moderatorem, *l. in re mandata, C. de mandat. l. 2. ff. de his quæ sui vel alien. jur. sunt*, etiam in abutendo, *l. sed si lege, § consuluit, ff. de petit. heredit.* quem textum ad hoc singularem dixit Jason *in l. more, col. 3. ff. de jurisd. omn. judic.*

82 Et in specie quòd † hereditas cedi possit respôdit Menoch. *consil. 416. n. 16. vol. 5.* cujus ratio est
83 manifesta, quòd nimirum omne, quod † est transmissibile, idem etiam sit cessibile, juxta notata *in l. ex pluribus ff. de administrat. tutor.* Ripa *in*
84 *c. sepè, n. 25. de restitut. spoliat.* adeò ut † omne jus, quod competit cedenti cessione facta competat cessionario, ut probat Menoch. *d. consil. 416. nu. 21.* & actio quæ competebat cedenti competere incipiat cessionario, qui jure cedentis sui utitur, per gloss. *in l. Aristo, ff. quæ res pignor. oblig. poss. & in l. 1. C. de his qui in prior. cred. loc. succed.* atq; ita omnes Doctores ibidem tenere testatur Tiber. Decian. *consil. 47. num. 4. vol. 5.* idemq; censuit Menoch. *consil. 513. num. 17. vol. 6.* ubi dicit cessiones jurium & actionum à lege non improbari, sed admitti, quando cedens justam habet cedendi causam, inter quas causas etiam hæc una sit, quando cedens ob sui inopiam & inhabilitatem non potest suo adversario resistere, quam eandem causam retulit *de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 129. num. 17.* sicuti in præsenti casu viduæ non videtur ob paupertatem posse resistere adversario tàm potenti, ut est fiscus.

85 Plus autem juris vidua cedere non potest quàm † ipsa habet, *l. nemo, ff. de regul. jur. cum similibus*, ut nisi cedens causam periclitari velit, prospicere sibi possit de evictione, atque tùm sibi curet cedere non tantùm jura & actiones viduæ competentes & competituras in & super hereditate, sed hereditatem ipsam, quia nisi hoc, sed illud duntaxat fiat, non dicitur esse cessa & translata hereditas, sed solùm jura activa, ut plenius persequitur Menoch. *d. consil. 416 num. 16.*

Quæ in superiore juris responso deducta & decisa sunt, ea secundum facti speciem propositam censemus nos Decanus & ceteri Doctores facultatis juridicæ in Academia Marpurgensi juri & æquitati esse consentanea, salvo tamen cujuslibet rectius sentientis judicio, in cujus rei fidem Facultatis nostræ sigillum adjici jussimus. Actum Marpurgi in consilio Collegii nostri, a. d. 7. Januarii, Anno Christi 1597.

CONSILIUM XXXI.

Quod est

PHILIPPI MATTHÆI JC.
nomine Facultatis juridicæ
compositum.

SUMMARIA.

1 *Veritas disputando eruitur.*
2 *Feudum secundum naturam feudi concessum intelligitur.*
3 *Fœminæ extantibus masculis in successione feudi non admittuntur.*
4 *Fœminæ in feudis non est locus extantibus masculis, & n. 39. 43.*
5 *Regula omnes casus & jus certum continet.*
6 *Investituræ tenor omnia regulat.*
7 *Vincula duo magis ligant quam unum.*
8 *Verbi* SEMPER *significatio.*
9 *Vasalli quam ob causam accipiantur.*
10 *Fœminarum consilium est fragile.*
11 *Fœminæ militare & feudalia servitia præstare nequeunt.*
12 *Masculorum amor major est, quàm fœminarum.*
13 *Familiæ per masculos conservantur.*
14 *Fœmina caput est & finis familiæ.*
15 *Masculi omni jure preferũtur fœminis, & n. 54.*
16 *Possessio acquisita difficilius avocatur, quam vacans.*
17 *Lecturis Doctorum plus creditur, quàm eorum consiliis, cujus contrarium est, n. 57.*
18 *Investituræ tenor est attendendus, & n. 4.*
19 *Ordo scripturæ arguit prædilectionem.*
20 *Repræsentationis jus, & n. 34.*
21 *Repræsentationis jus locũ habet etiam in feudis.*
22 *Juri communi statur post jus feudorum in causis feudalibus.*
23 *Mens disponentium potius est attendenda, quàm verba.*
24 *Verba impropriãda sunt potius, quàm ut recedatur à mente.*
25 *Filius magis diligitur quàm nepos.*
26 *Nepos diligitur propter filium.*
27 *Filia exclusa nepos ex illa itidem exclusus censetur.*
28 *Res clara est cùm & verba & mens proferentis ea concurrunt.*
29 *Filiarum exclusio ad hoc ut nepotes admittantur absurda est.*
30 *Absurditas vitanda est.*
31 *Dispositionis intellectus ad jus commune seu statutarium reducendus.*
32 *Successio non per saltum sed gradatim defertur.*
33 *Priores in gradu prius vocati censentur.*
35 *Dispositum censetur id, quod disponens dicturus fuisset, si de eo fuisset interrogatus.*
36 *Oratione una juncti pariformiter censentur esse determinati.*

37 Ex-

37 *Excluso aliquo omnes ab eo descendentes exclusi intelliguntur, & n.56.*

38 *Radix & origo rei semper est attendenda.*

40 *Investituræ tenor derogat naturæ feudorum communi.*

42 *Conditione impleta nihil amplius quærendum est.*

44 *Habilitas personæ tempore casus evenientis attenditur.*

45 *Regula standum est in casibus non exceptis.*

46 *Ordo verborum arguit ordinem intellectus.*

47 *Argumentum a contrario sensu in jure est firmissimum.*

48 *Liberorum in successione ab intestato causa est potissima.*

49 *Familiam suam potius, quàm alienam quis diligere censetur.*

50 *Fœminis ad feuda vocatis servitia remissa censentur.*

51 *Servitia feudalia ab inhabilibus præstantur per substitutum.*

52 *Feudi substantia non est in servitio, sed in fide.*

53 *Feudum a fidelitate nomen habet.*

55 *Filia nupta transit in aliam familiam.*

58 *Fœminarum exclusio est odiosa.*

59 *Fœminæ interdum in feudis succedunt unà cum masculis.*

60 *Copula* ET *vis & natura.*

ILLUSTRISSIMUS Princeps ac Dominus, Dn. N. suo Cõsiliario M. diversa aliquot prædia de novo in feudum dedit, sed hoc expresso modo, daß er (ita enim tenor investituræ habet) vñ seine Mañliche Leibserben/ vnd da er die nicht verlassen/ als dann/ vnd nicht ehe/ seine Töchter/ oder derselben Leibserben/ für vñ für in absteigender Lini solch Lehen haben solten / in welchem fall gleichwol die Söhne den Töchtern allzeit vorgehen / aber dieselben vom Lehen nicht gar außschliessen/ sondern dasselbig allzeit in mangel Mañsstammens / auff das Weiblich geschlecht / biß auff das letzt lebend fallen solle/ ꝛc.

Jam verò haud ita pridem Consiliarius M. qui primùm de bonis ejusmodi investitus fuit, diem suum obiit, nec ullos post se filios, sed filiam duntaxat, & ex altera filia præmortua, neptem reliquit. Et quidem cùm filia superstes suos quoq; liberos, & inter hos masculos aliquot habeat: quæstio inde exoritur, utrum prædicta bona feudalia ad neptem illam, ipsiusq; materteram, primi nimirum acquirentis filiam superstitem ex æquis partibus devoluta sint, an verò solis masculis ex filia primi acquirentis superstite prognatis debeantur?

Præter hanc quæstionem Dominus Consulens sibi demonstrari petit, si investituræ hujusmodi inserta sint verba, auff Söhn vnd Töchter/ utrum extantibus masculis filiæ simul, an verò masculi soli admittantur?

PRIMÆ QUÆSTIONIS DECISIO.

1 PRimæ quæstionis veritas † in disputatione limabitur, ita nimirum, si in utramq; partem illa exquisita fuerit per ea quæ tradit Roland. à Valle *in consil. 90. num. 1. vol. 4.* Prius itaq; inquirere libet, an non masculi ex filia primi acquirentis superstite suscepti in successione feudi controversi tàm matrem quàm consobrinam excludant? Et sanè hoc omninò affirmandum esse videtur, cùm † feudum alicui concessum 2
semper secundum feudi naturam concessum intelligatur, veluti notant communiter Dd. *in c. un. de feud. non hab. prop. feud. natur.* idq; refert etiam Tiber. Decian. *in resp. 18. num. 344. vol. 1.*

Jam verò feudi quantumvis eo tenore accepti, ut descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, natura hæc est, ut † fœminæ ex- 3
tante masculo non admittantur, *c. un. §. quin etiam Episc. vel Abbat. c. un. § filia verò, de success. feud. c. un. § ad filias, de success. fratr. c. un. § similiter, de capit. qui cur. vendit. c. un. de eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. invest. accep.* Neque aliter in hujusmodi casu judicandum esse ait Alexand. *in l. quod dicitur, num. 24. ff. de verb. obligat.* idem sentit Andr. de Isern. *in d. §. similiter.* Bald. *in l. liberti, col. 6. versic. sed an quando non requiritur, C. de oper. liber.* Dec. *in l. fœmina, num. 64. ff. de reg. jur. & in l. discretis, num. 28. C. qui testam. facer. poss.* idque consulendo secuti sunt Roman. *consil. 1. num. 3. & consil. 357. num. 16.* Bartol. *consil. 60. in pr.* Fulgos. *consil. 129. col. 2.* Alexand. *consil. 29. num. 5. vol. 1. & consil. 9. in fin. vol. 5.* Decius *consil. 139. num. 2. vers. sed prædictis non obstantibus, consil. 193. num. 5. & consil. 208. nu. 3.* Gozadin. *consil. 8. num. 8. & consil. 26. num. 32.* Paris. *consil. 22. num. 15. & consil. 23. num. 49. vol. 1. item consil. 16. num. 5. & 9. vol. 4.* Socin. jun. *consil. 76. num. 3. vol. 1.* Tiber Decian. *resp. 30. num. 39. vol. 3.* Unde luculenter apparet, nepotes primi acquirentis hoc casu habere intentionem fundatam ad exclusionem matris, itemq; consobrinæ, quia hanc pro se habent regulam, quòd † fœminæ in successione 4
feudi locus non pateat, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus, *d. c. un. de eo qui sibi vel hered. suis mascul. & fœmin. invest. accep.* quæ † regula omnes ca- 5
sus comprehendit, *gloss. in l. omnis definitio, ff. de reg. jur.* imò Dec. *in l. 1. num. 6. ff. eod.* rem ait certam esse pro eo qui regulam pro se habet: idem dicit Bartol. *in l. quoties, ff. si quis caution.* suffragatur Dec. *in consil. 298. num. 4. in fin. & consil. 517. nu. 5.* item Socin. jun. *consil. 65. nu. 23. & consil. 77. nu. 4. & 24. vol. 1. item consil. 68. nu. 40. vol. 2.*

Et quidem in præsenti casu eò magis hæc regula attendenda esse videtur, quoniam in investitura, ad cujus † tenorem veluti scopum a- 6
liàs omnis feudi status dirigitur, teste Zas. *in epit. feud. part. 8. num. 49.* disertè continetur, quòd masculi semper fœminis præferri debeant: id enim volunt sibi hæc inserta verba: In welchem fall die Söhne den Töchtern allzeit vorgehen sollen. Et paulò pòst: daß allzeit in mangel Mannsstammens das Lehen auff das Weiblich Geschlecht fallen solle / cujusmodi dispositio cùm juri feudorum conveniat, efficacior ac firmior censenda est, quia duo † vincula magis ligant 7
quàm unum, *auth. itaq., C. commun. de success. glo. in c.*

in l. verum, de condit. appos. Quò faciunt quoque ea, quæ tradit Imola, in l. filiusfam. §. Divi, ff. de leg. 1. idem tenent Jas. consil. 227. col. 2. volu. 2. Alexand. consil. 93. nu. 8. Curt. sen. consil. 66. nu. 17. Dec. consil. 403. nu. 12. in fin. & consil. 442. num. 25.

Neq; ullum casum à prædicta regula exceptum esse vel ex eo liquet, quòd investituræ inserta est dictio alljcit / quæ superflua non est, verùm hunc sensum habet, quòd † semper, id est,
8 rùm hunc sensum habet, quòd † semper, id est, omni casu masculi fœminis in successione istius feudi præferri debeant, per l. 1. ubi glo. ad verb. semper, ff. solut. matr. l. semper 15. in princ. ff. quod vi aut clam, cum similibus, quas citat Tiber. Decian. in resp. 1. num. 258. & aliquot seqq. vol. 1. & in resp. 10. num. 65. vol. 3. Unde etiam Socin. in consil. 43. num. 4. ait appositam dictionem SEMPER dispositionem perpetuam facere, quod idem significet quod verbum PERPETUO.

Huc accedit, quòd masculi tàm à Domino feudi, quàm à primo ipsius acquisitore magis dilecti præsumuntur quàm fœminæ: Siquidem
9 † Dominus in eum finem potissimùm vasallos sibi deligit, ut non solùm consiliis ipsorum uti possit, sed servitia quoque militaria tempore necessitatis parata ab iis habeat, per ea quæ tradunt Dd. in c. un. de form. fidelit. & in c. un. versic. & si consilium, de nova forma fidelit. Jacob. de Belvis. in c. un. §. 2. quæ fuer. prim. caus. benef. amitt. c. un. in fin. de feud. sine culp. non amitt. Jacob. de S. Georg. in sua investit. ad verb. dictiq. vasalli, nu. 23. & ad verb. & promiscuerunt, nu. 1. Zas. in epit. feud. part. 7. num. 27. & part. 10. num. 18.

10 At verò † consilium fœminarum fragile est ac infirmum, ut ait Bald. in l. ult. col. 3. versic. & dic quòd mulier, C. de suis & legit. Socin. consil. 257. col. 2. Curt. jun. consil. 1. col. 4. & hanc rationem quoq; assignat Bald. in c. significavit, col. 1. de rescript.

Quemadmodum & illud extra omnem con-
11 troversiam est, quòd † mulieres militare, idq; genus alia servitia propter quæ feuda dantur, obire non possint, d. c. un. in fin. de vasall. milit. qui arm. bell. depos. c. un. in fin. an mut. vel al. imperf. Bald. in l. ult. nu. 2. & 3. C. de suis & legit. Jacob. de S. Georg. in sua investit. ad verb. Marchio, n. 3. Jas. in l. de quibus 32. nu. 64. ff. de LL. Dec. cons. 269. nu. 4. in fin.

Quòd verò primus feudi acquisitor masculos in feudi successione fœminis prælatos voluerit, vel ex eo liquet, quòd omnibus homi-
12 nibus hoc commune est, ut † masculos magis diligant, quàm fœminas, ut dicit Bartol. in l. consulari, ff. de senator. idque demonstrat etiam l. si viva matre, C. de bon. matern. Angel. in l. si unquam, versic. hic autem quærendum est, C. de revoc. donat. ubi inquit, parentes non ita curare filiam, sicut curant masculos. Et ita in specie concludit etiam Crot. in repetit. l. omnes populi, num. 156. ff. de just. & jur. Tiber. Decian. resp. 7. num. 28. vol. 1. cujus nulla alia est ratio,
13 quàm quòd familia † per masculos conserva-
14 tur, non per fœminas, quippè quæ † caput & finis familiæ dicuntur, l. familiæ, §. 1. & l. pronunciatio, in fin. ff. de verb. sign. l. cum legitimæ, ff. de stat. homin. §. 1. Instit. de legit. agn. tutel. §. cæterum, & §. media autem, Instit. de legit. agn. success. l. lege, C. de legit. hered. Paul. consil. 421. col. 2. in fin. volu. 1. Socin. consil. 63. col. 8. in fin. volu. 3. & consil. 73. col. 3. volu. 4. Dec. consil. 371. col. 3.

Præterea, pro confirmatione hujus assertionis illud quoque facit, quòd † interpretes in du- 15
bio semper capi volunt istam interpretationem, ut masculi præferantur fœminis, siquidem per hanc redimus ad jus antiquum & primævum. Etenim jus divinum masculos in successione fœminis præfert, ut videre est Numer. cap. 27. v. 8. idem fecit jus XII. tabul. ut patet ex § item vetustas. Instit. de hered. quæ ab intest. defer. & ex d. §. cæterum, idemq; attestatur Paulus, lib. 4. sentent. tit. 8. §. fœminæ, & Ulpianus in fragmentis, sub tit. de legit. hered. §. ad fœminas, facit l. lege XII. tabul. C. de legit. hered. eodemque pertinent quæ respondit Zas. cons. 1. num. 55. volu. 2. & notavit Johan. Bodin. de Republ. lib. 5. cap. 2.

Sed & media jurisprudentia agnatos cognatis prætulit, d. §. media autem. Et ipse prætor ad bonorum possessionem cognatos prius non vocavit, quàm si agnati nulli superessent, l. 1. §. 1. ff. si tabul. testam. null. extat. prout hoc eleganter persequitur Tiber. Decian. consil. 17. num. 31. volu. 3. probans statutum in successione agnatos exclusis cognatis præferens non tantùm juri divino, sed etiam legibus XII. tabul. mediæ jurisprudentiæ, juri prætorio & æquitati conforme esse.

Quòd autem in materia successionum ejusmodi interpretatio in dubio capienda sit, quæ nos reducat ad jus divinum, l. XII. tabul. & mediam jurisprudentiam docent Angel. in consil. 389. nu. 2. Corn. in consil. 115. num. 13. & consil. 150. n. 4. vol. 2. Et hoc argumento in terminis nostris utitur Socin. jun. in consil. 168. num. 64. vol. 2.

Denique assertionem hanc confirmat Bald. in consil. 137. vol. 2. ubi consuluit, si feudum sit acceptum pro se & heredibus masculis & fœminis, quòd masculi nati ex fœminis semper fœminis præferantur: Cui consilio Petr. Ancharanum subscripsisse refert Tiber. Decian. in resp. 127. num. 7. vol. 3. dum statuerit nepotem ex filia præferri sororibus matris. Quin in terminis idem comprobant Sonsbeck. in tract. feud. part. 9. num. 139. & Duarenus de feud. cap. 10. num. 10. secuti Andr. de Isern. qui in pr. c. un. de eo qui sibi & hered. suis mascul. & fœm. investit. accep. scribit, si feudum sit acquisitum per primum acquirentem pro se & filiis masculis & descendentibus, vel non existentibus masculis pro fœminis, & primus acquirens decedat sine masculis, relicta unica filia ad quam feudum devolvitur, quæ filia postea decessit duabus etiam filiabus superstitibus, quæ cùm non essent masculi, successerunt in feudo æqualiter, quarum una reliquit masculum, alia fœminam; hoc casu statuit, quòd masculus ille excludat consobrinam etiam in portione sororis suæ matris, quin imò (addit) exclu-

der ipsam materteram in possessione feudi existentem.

Quòd si ergò nepos à matertera feudum, cujus possessionem illa jam ante est adepta, avocare potest; multò magis in casu præsenti masculi ex filia acquirentis superstite prognati feudum præripient consobrinæ, quæ pos-
16 sessionem illius needum acquisivit: cùm † difficilius sit avocare possessionem acquisitam, quàm eam quæ adhuc vacat, per ea quæ scribit Matth. de Afflict. *in c. un. § hoc quoq. nu. 56. de success. feud.* Bald. *in cons. 303. vol. 1.* Tiber. Dec. *resp. 10. n 64. vol. 1.*

Et sanè eò magis hæc assertio admittenda esse videtur, quoniam non in consiliis modò, sed in commentariis quoque & interpretationi-
17 bus Doctorum recepta est, cujusmodi † interpretationibus aliàs major adhiberi solet fides quàm consiliis, quippe quæ affectioni potius quàm veritati indulgent, & uplurimùm majoris consequendi lucri causa ad placitum consulentis scribuntur, veluti docet Alciat. *in cap. ult. libr. 12. παρεργῶν*, & post illum Corat. *lib. 1. de commun. opin. titul. 6. num. 48.* Macagn. Azzoguid. *lib. 3. de comm. opin. tit. 15.* eandemque sententiam in Camera Imperiali approbatam attestatur Mynsing. *Centur. 6. observat. 60.*

Ex quibus omnibus argui posse videtur, feudum controversum saltem masculis ex filia primi acquirentis superstite procreatis deberi, quòd tàm investituræ tenor, quàm feudi natura ipsis solis successionem hujusmodi deferat.

Verum enim verò præmissis non obstantibus, contrarium in casu nostro de jure verius esse putamus, videlicet dictum feudum non ad prædictos masculos, sed ad ipsorum matrem, primi nimirum acquirentis filiam superstitem, ejusq; ex sorore præmortua neptem exæquo devolutum esse: Hoc autem ut sentiamus rationes subscriptæ nos movent.

18 Primùm enim investitura, cujus † tenor aliàs accuratè attendendus est, veluti præter alios docet Roland. à Valle *in consil. 71. num. 4. & in consil. 97. num. 17. volu. 2.* hanc nostram sententiam luculenter confirmat, quippè in qua expressè cautum est, da er / primus acquirens, die Männliche Leibserben nicht verlassen würde / als dann / unnd nicht ehe / solten seine Töchter / oder derselben Leibserben solch Lehen haben / etc.

Ecce post filios nominavit filias, & tum demum ipsarum liberos, ex quo planum est ac perspicuum, quòd primus acquirens post filios filiabus suis prospectum voluerit: siquidem aliàs nepotes ex iis descendentes non postposuisset.

19 Etenim ordo † scripturæ denotat affectionem disponentis, ita quidem, ut primò nominatus in ordine scripturæ prædilectus videatur, *l. quoties, in princ. ff. de usufr. l. pupillus, §. ult. ff. de condit. & demonstr. l. cum pater, §. pen. & l. si quis servum, §. si inter duos, ff. de legat. 2. l. heredes mei, §. peto, ff. ad Senatuscons. Trebell. l. generaliter, §. quid ergo, ff. de fideicomm. libert. l. ult. C. de verb. signif. C. mandatis, de prabend. in 6.* atque ita consuluerunt quoque Paul. de Castr. *in consil. 121. col. 2. in fin. volu. 1. & consil. 164. col. 2. vol. 2.* Corneus *consil. 200. col. 3. & consil. 210. col. 2. vol. 2.* Decius *consil. 504. num. 9. consil. 537. num. 5.*

Et in specie, quòd ordo scripturæ sit attendendus, ut primò nominati censeantur prædilecti, & postea nominati in subsidium priorum vocati dicantur, expressè tradit idem Decius *in consil. 440. nu. 4.* itemq; Wesembec. *in cons. 41. n. 70. & aliquot seqq.*

Sic ergo in proposito statuimus, cùm in investitura post filios primùm nominatæ sint filiæ, postea ipsarum liberi, quòd masculi ex superstite primi acquirentis filia geniti, nec matrem nec consobrinam acquirentis, nimirum ex altera filia præmortua relictam neptem excludere queant: matrem quidem excludere nequeunt, quoniam in investitura filiæ, ut modò demonstravimus, prius vocatæ sunt, quàm ipsarum descendentes; consobrinam verò propterea masculi isti excludere non possunt, quòd illa in pari gradu est cum matertera, masculorum videlicet matre propter repræsentationem.
Quandocunq; † enim tractatur de successione 20
avi vel patrui filiæ sororum præmortuarum cum superstitibus sororibus jure repræsentationis non minus admittuntur, quàm filii fratrum cum superstite patruo, *§. cum filius, Instit. de hered. qua ab intest. defer. §. si quis igitur, auth. eod. d. l. ult. ubi Corn. num. 4. & 5. item Jas. nu. 26. C. de verb. signif. Alciat. in l. cum ita, §. in fideicommisso, num. 11. ff. de legat. 2. Dec. consil. 158. in fin. & consil. 299. num. 7.*

Neq; existimandum est, quasi † juri repræ- 21
sentationis saltem locus sit, quando de successione bonorum allodialium agitur, cùm glo. *in c. un. in princ. ad verb. solum, de natur. success. feud.* disertè dicat, repræsentationem istam jure feudorum non esse prohibitam, sed potius admissam, & Alvarot. *in c. un. in princ. de success. feud.* hoc apud omnes indubitatum esse dicit: idem tradit Alberic. *in auth. cessante, C. de legit. hered.* & Fulgos. *in auth. post fratres, C. eodem.* atq; ita consuluit etiam Roland. à Valle *in consil. 68. vol. 1.* nec dissentit Covarruvias *in cap. 38. practicar. quæstion. num. 13.* ubi refert Andr. Tiraquell. *in tract. de primogen. quæst. 40. n. 18.* meminisse plurium aliorum, qui idem planè sentiant. Itaq; istam portionem ex feudo neptis feret, quam ipsius mater, si viveret, habitura fuisset; id quod ex juris communis dispositione definiendum est, cùm † contrarium in consuetudinibus feuda- 22
libus proditum non sit, secundum regulam traditam ab Oberto de Orto *in c. un. §. strenuus, de feud. cognit.*

Quinimò quamvis filiæ in investitura proximo post fratres loco scriptæ non essent (ita posito, nam contrarium tenor investituræ, ut dictum, disertè evincit) ad mentem tamen & domini concedentis & primi acquirentis respici oportet, cùm immotum juris sit axioma, quòd † in quavis dispositione mens, de qua 23
constet, potius attendenda sit, quàm verba, *l. ult. C.*

ult. C. quae res pignor. oblig. poss. l. ita stipulatus, §. item si quis, ff. de verbor. obligat. l. si in venditione, ubi gloss. ad verb. veritas, ff. commun. praedior. l. in conventionibus, in princip. ff. de verb. signif. Bald. consil. 417. col. 2. volu. 5. ubi ait, quòd stetur intentioni contrahentium, quicquid verba sonent, *Alexand. consil. 54. col. 1. versic. quibus non obstant, vol. 2. & consil. 125. in fin. vol. 5. Dec. consil. 26. col. ult. & consil. 697. num. 7. Paris. consil. 23. num. 119. & consil. 32. nu. 57. vol. 1. Roland. à Valle consil. 61. nu. 33. & seq. vol. 2. & consil. 70. num. 60. vol. 3.* ubi ait, cor esse imperatorem linguae, & habere eam sicut mancipium sub jurisdictione sua.

24 Unde fit, ut † impropriè potius verba accipiantur, quàm ut à manifesta contrahentium intentione ac voluntate recedatur, veluti notant Bartol. Bald. & communiter Dd. *in l. si oleï, C. de locat. & in l. si uno, in pr. ff. eod.* Bald. *in l. quod verò, nu. 3. ff. de legib.* Jas. *in l. 1. num. 4. versic. & ultra, C. de success. edict.* idque praeter alios pluribus confirmat Tiber. Decian. *in resp. 34. n. 23. vol. 3.*

Jam verò ex praesenti investitura luculenter apparet, dominum primo acquirenti feudum ita concessisse, ut illud pro se & liberis legitimè ex se natis haberet: id enim innuunt haec investiturae expressa verba: Wir leihen jhm vnd seinen ehelichen Leibserben / Söhn vnnd Töchtern / ꝛc. quibus verbis evidenter docetur, tàm feudi dominum quàm primum ipsius acquisitorem ejus fuisse mentis, quòd cumprimis feudum illud devolvi debeat ad eos qui ex ipsius acquirentis corpore legitimè procreati fuerint, ita quidem, ut si filios ille non reliquerit, filiae ad ipsius successionem admitti de-
25 beant, praesertim cùm parentes † filias perinde ut filios primitus ex se natos plus diligant, quàm nepotes, veluti in terminis concludit Crotus inter consilia Grati *consil. 54. num. 16. & seq.* idem sentit Bald. *in d. l. cum ita, §. in fideicommisso, ff. de legat. 2.* ubi ait affectionem majorem esse erga filios, qui sunt proximiores, quàm erga nepotes, qui sunt in secundo gra-
26 du, & sic remotiores: Etenim † nepos diligitur propter filium, *l. dedi dotem, ff. de collat. bonor.* Ergo multò magis filius diligi censendus est, quia magis illud tale est, propter quod unumquodque tale est, *per authent. multò magis, C. de sacros. Eccles. & l. cum quis, C. de natur. liber.* Unde etiam Callistratus *in l. liberorum 220. in fin. ff. de verb. signific.* nomen filii dulcius esse ait, quàm nomen nepotis.

Quam ob causam etiam valet ista consequen-
27 tia; filia † est exclusa; ergo multò magis nepos, quemadmodum docet Jas. *in l. Gallus, §. nunc de lege, num. 19. versic. quartò adde, ff. de liber. & posthum. Dec. consil. 15. num. 2. versic. nec obstat si dicatur. Tiber. Decian. resp. 74. num. 14. volu. 3.*

Quocirca cùm non solùm ex mente contrahentium, sed ex ipsis quoque investiturae verbis liquidò appareat, in casu non existentium filiorum, nulli alii quàm filiabus primi acquirentis controversum feudum deferendum esse, non est quòd in dubium amplius haec nostra assertio vocetur, cùm interpretes communiter in eo consentiant, quòd † res clara sit & 28
indubitabilis, si & mens & verba in unum conspirent, *per l. ab omnibus, §. 1. & l. si ancillas, in fin. ff. de legat. 1. l. Maevia, ff. de manum. test. l. talem, §. 1. in fin. ff. de hered. instit. l. miles quidam, ff. ad l. Jul. de adult. & l. ult. ff. qui petant. tutor. vel curator.*

Atque eò minus sanè haec nostra sententia in dubium vocari potest, quoniam ipsi rationi quoque apprimè est consentanea. Quin absurdum † & contra naturam esse censent omnes, 29
excludere filias proprias, & admittere nepotes vel neptes, prout asserit Tiber. Decian. *in d. resp. 74. num. 15.* ubi pro confirmatione hujus assertionis adducit *l. cum pater, §. pen. ff. de legat. 2. & l. heredes mei, §. peto, ff. ad Senatusconf. Tebell. item l. ult. C. de natur. liber. & l. 1. C. de condit. insert.* Quò facit etiam, quod Roland. à Valle *in consil. 82. num. 30. volu. 3.* scribit, pro absurdo reputari si remotior & minus dilectus sit melioris conditionis, quàm proximior & magis dilectus, *l. Publius, §. ult. ff. de condit. & demonstr.* Proinde † absurditas ejusmodi ab 30
officina justitiae omninò repelli debet, *per l. nam absurdum, ff. de bonis libert. & l. ex facto, § ult. ff. ad Senatusc. Trebell. Alex. consil. 61. col. fin. vol. 1. Paris. consil. 111. nu. 35. vol. 1. Roland. à Valle cons. 13. n. 7. vol. 2.*

Praeterea explorati ac manifesti juris est, quòd † in dubio quaevis dispositio ita intelligi 31
& exponi debeat, ut cum jure communi & statutario conveniat, *per l. si duo, ff. de acquir. hered. Ripa in d. l. heredes mei, § cum ita, num. 75. & seq. ff. ad Senatusc. Trebell. Dd. in l. si jurisjurandi, § si liberi, ff. de oper. libert. & in l. uxorem, § testamento, ff. de legat. 3.* Atqui ex jure communi & statutario constat, liberos ab intestato parentes suos nullo casu excludere, neque etiam unà cum ipsis succedere, siquidem † successio 32
non per saltum sed gradatim defertur, *§. si plures, instit. de legit. agnat. success. § si autem plurimi, authent. de hered. ab intest. venien. l. post consanguineos, §. legitima hereditas, ff. de suis & legit. Menoch. consil. 400. num. 36. lib. 5.* Cum igitur in defectum filiorum filiae ipsarumq; descendentes vocati sint, potior habenda erit ratio filiarum, quàm eorum, qui ex ipsis prognati sunt, quoniam † priores in gradu prius etiam vocati cen- 33
sentur, *Paul. de Castr. in d. l. ult. C. de verbor. signif. & in l. peto, §. fratre, versic. quid ergo, ff. de legat. 2.* Id quod in jure feudorum quoque receptum est, veluti videre est *ex c. un. in fin. de natur. success. feud.* ubi dicitur feudum ad proximiores pertinere.

Atque hinc Doctores communiter concludunt, interpretationem nunquam ita faciendam esse, ut remotior excludat proximiorem, nisi id expressè dicatur, *Bald. in l. quod verò, colu. ult. ff. de legib. Alexand. consil. 97. colu. 2. vol. 2. Jason consil. 205. col. 6. in fin. versic. non obstat etiam, vol. 2. quem sequitur etiam Cravetta in consil. 243. in fine.*

Quod tamen accipi ita non debet, quasi † in 34
casu praesenti filia primi acquirentis superstes

tanquam proximior suam ex sorore præmortua neptem ceu remotiorem excludat, & sic sola bonis feudalibus potiatur, contra quàm superius ostensum est; quoniam repræsentationis jus facit, ut neptis in pari gradu cum matertera constituta censeatur. Nam per repræsentationem filia intrat locum parentis, nec tamen propterea gradus corrumpitur, sed filia intrans gradum parentis assumit omnes qualitates, omniaque jura, quæ parens ratione illius gradus, dum viveret, habebat, & nunc habuisset si vixisset; tametsi ex persona sua, non ex persona parentis dicatur succedere, perinde quasi hæc neptis quovis tempore fuerit illa, in cujus gradum ascendit, *per l. sed & si conditioni, §. nepotes, ff. de hered. instit. Bartol. in l. 1. §. si sit filius, ff. de conjung. cum emancip. liber. & in l. 2. in fin. C. de liber. præterit.*

Unde fit, ut sublato patre nepos jura suitatis, quæ habebat pater, suscipiat ipse, ita quidem, ut præteritus testamentum rumpere possit, non secus ac pater præteritus posset, si viveret, *l. posthumorum, ff. de injust. rupt. testam. l. si avus, C. de liber. præter. §. posthumorum, Instit. de exhered. liberor.*

Neque ulla apparet ratio, cur pater sive primus acquirens in eum casum, quo filii extituri non essent, alterutrius filiæ lineam à feudo omninò exclusam voluerit, si in ea nulli reperirentur masculi, quinimò utrique filiæ & ex utraque natis prospectum voluit, cùm in unius liberos quàm in alterius etiam masculos majorem affectionem habere non potuerit, siquidem alia est ratio masculorum ex ipso primo acquirente qui nati fuissent, alia eorum qui nascerentur ex filiabus: illi enim nomen & familiam acquirentis primi conservant, hi non item, cùm liberi ex filia nati patris familiam sequantur, & nomen habeant, non avi materni, *juribus vulgatissimis.*

Est sanè nobis perquàm verisimile primum acquirentem, si eo tempore quo feudum acquisivit, interrogatus fuisset, de hoc casu, qui jam contigit, mentem suam ita explicaturum fuisse, quòd alterius filiæ lineam non vellet remotam, sed potius feudum ad utramque utriusque filiæ lineam pertinere, ita ut non linea lineæ præferretur, sed persona personæ in linea eadem, nimirum masculi fœminis, idque eò magis nobis est verisimile, quòd ipsa investituræ verba id propemodum inferant.

35 At † pro scripto & expresso habendum est, quòd disponens verisimiliter respondisset si de eo interrogatus fuisset, *per textum in l. Titius, §. Lucius Titius,* quem textum aureum esse dicit Curt. sen. *in consil. 75. num. 4. ff. de liber. & posthum. & in l. ult. C. de posthum. hered. instituend. & in l. quoniam, C. de liber. natur. & in l. cum pater. §. cum existimaret, ff. de legat. 2.*

Accedit hisce, quòd filiæ primi acquirentis in defectum masculorum vocatæ sunt & conjunctæ una oratione, ut † intelligi meritò 36
debeat pariformiter & quæque pro se suaque linea vocata & conjuncta esse, *l. Seja, §. Cajo. ubi Bartol. ff. de fund. instruct. leg. l. si legatarius, §. fin. ubi idem Bartol. ff. de legat. 3. glos. in l. liber homo, §. Titius, ff. de hered. instit.* quò pertinet vulgata illa regula: Quòd una determinatio respiciens plura æqualiter illa determinet, *per l. jam hoc jure, in princip. ff. de vulg. & pupill. ubi Jas. num. 8. idem Jas. in l. miles, §. decem, num. 4. ff. de rejudic. & in l. Gallus, §. quidam rectè, num. 16. ff. de liber. & posthum.* eandemque qualitatem illis tribuat, *Bald. in l. sed etsi quis, §. quæsitum, num. 4. ff. si quis caution. & ibid. Jas. num. 16. Canonistæ in cap. 1. commod.* etiam in odiosis, *Wesembec. consil. 42. num. 61.*

Denique vel ex eo satis intelligi potest, masculos ex primi acquirentis filia prognatos ad hoc feudum necdum aspirare posse, quòd ipsorum mater adhuc est superstes, quæ si à successione istius feudi pro fœminis in casum deficientium masculorum, qui hic evenit, accepti, excluderetur, ipsi filii etiam participes illius fieri non possent, quoniam vulgata est regula, quæ habet: quòd quando † una per- 37
sona est exclusa, omnes ex ea descendentes exclusi intelligantur, ut tradit Angel. *in §. reliquum, versic. ex diverso, authent. de hered. ab intest. ven.* & notat hoc etiam Bald. *in l. ult. col. 1. C. de liber. præter. item in l. ult. in fin. C. de verb. signif.* idque consulendo secuti sunt Alexand. *consil. 174. vol. 5.* Cuman. *consil. 117. in prin.* Tiber. Decian. *resp. 3. num. 30. vol. 2. & resp. 13. n 9. vol. 3.*

Etenim † in acquisitione feudi semper radix attendenda est, ut notat Bald. *in c. un. in fin. de duob. fratr. à cap. invest.* & hunc secutus Tiber. Decian. *in resp. 32. num. 1. vol. 1.* cum omne quod derivatur & transit per medium, sapiat naturam radicis & medii, per quod transit, ut pulchrè declarat Bald. *in consil. 389. ferè in pr. volu. 2.* Unde, infecta radice, inficiuntur omnia ex ea descendentia, per ea quæ scribit idem Bald. *in l. ult. col. 1. C. de liber. præter.* & per consequens descendens ex radice exclusa & ipse excludendus erit, quemadmodum arguit Tiber. Decian. *in resp. 54. num. 36. vol. 2.* 38

His ita positis ac confirmatis nihil restat aliud, quàm ut ea quæ superius in contrarium sunt opposita, confutentur: quoniam, teste Quintiliano, satis non est confirmare sua, nisi etiam aliena refutentur. Ac quamvis facilè ista ex prædictis dilui possint, attamen ut veritas eò magis elucescat, singula singulatim dissolvemus.

Primùm igitur huic nostræ decisioni non adversatur, quòd feudi quantumvis eo tenore accepti, ut descendentes masculi & fœminæ illud habere possint, natura hæc sit, ut fœminæ ex-

næ extante masculo non admittantur, quoniam
39 † verum quidem illud est, sed eatenus quatenus natura ejusmodi per tenorem investituræ non fuerit immutata, quemadmodum refert Tiber. Decian. *in resp. 24. n. 75. vol. 1.*

40 Etenim constat † tenorem investituræ derogare omni feudorum naturæ, *c. un. ubi Bald. hoc ut singulare notat. de feud. non haben. prop. feud. natur. Alvar. in c. un. nu. 2. & 4. de consuetud. rect. feud. Moline. de feud. in princip. Curt. sent. consil. 48. col. 6. in fin. & col. 20. versic. ad decimum. Alexand. cons. 50. vol. 4. Dec. consil. 193. nu. 1. & seq. consil. 208. nu. 2. & consil. 209. nu. 15. Schurff. consil. 23. nu. 1. & consil. 93 in pr. cent. 1. & latius Paris. consil. 13. num. 13. vol. 1.* ita ut in tota materia
41 feudali unum sit axioma, quòd † semper ad tenorem investituræ recurratur, *c. un. in fin. ibi propter tenorem investitura institum, de duob. fratrib. à capit. investit. Curt. senior cons. 49. col. 7. & seq. Dec. cons. 269. n. 5. in fin. & consil. 498 n. 6. Grat. cons. 2. n. 61. & consil. 4. nu. 7. vol. 1. Matthæus de Afflict. decis. 265. nu. 102. & seq. Cacheran. decis. Ped. 23. num. 2.*

At verò in investitura, de qua nunc quæritur, expressè cautum est, quòd filiabus primi acquirentis, si filios ille post se nullos reliquerit, sæpius memoratum feudum cedere debeat: id enim sibi volunt hæc verba: Wir leihen jhm vnd seinen ehelichen Leibserben / Söhn vnnd Töchtern / rc. also vnnd der gestalt / daß er vnnd seine Mannliche Leibserben / vnnd da er die nicht verlassen / als dann / vnnd nicht ehe / seine Töchter das Lehen haben sollen / rc. quæ verba clara sunt, nec à quoquam aliter accipi possunt, quàm quòd filiæ primi acquirentis ad feudum illud admitti debeant, si fratres superstites nullos habuerint; cujusmodi conditio nunc extitit. Neque enim ullos filios primus acquirens post se reliquit, sed filiam duntaxat, & ex altera præmortua filia neptem. Itaque ratio juris non patitur, ut dubium aliquod duabus hisce personis moveatur, utrum videlicet à masculis gradu remotioribus in successione hujus feudi exclu-
42 dantur. Nam † conditione semel impleta nihil amplius quærendum est, *per text. in l. cum uxori, C. quand. dies legat. ced. Bald. in l. ult. qu. 25. C. de hered. instit. & in c. un. § 1. Episcop. vel Abbat. Jason in l. si quis heredem, num. 5. C. de instit. & substit. & in consil. 51. num. 2. volu. 3. Cravett. consil. 98. nu. 4. & consil. 161. nu. 6. ubi hanc communem dicit, & Socin. jun. consil. 29. num. 12. & 20. ubi ait se neminem reperisse, qui contradicat.*

Idque eò magis in præsenti casu obtinebit, quia masculi extantes, de quorum jure hîc quæritur, necdum ad successionem hujus feudi sunt habiles ob matrem adhuc viventem, quippè quam & tenor investituræ, & mens tàm illius, qui feudum concessit, quàm qui primus illud acquisivit, & deniq; naturalis ratio liberis masculis in successione hujus feudi præfert, id quod superius prolixè & quidem in specie demonstravimus.

43 Quare † opposita illa regula, quòd videlicet fœminæ in successione feudi locus non pateat, donec masculus superest ex eo, qui primus de hoc feudo fuerit investitus, intelligenda est de illo masculo, qui eo tempore, quo de successione agitur, ad successionem istam est habilis, nec per investituram aliamvé rationem legitimam ab illa excluditur: Siquidem † in 44
quavis materia consideratur habilitas personæ in tempore, quo casus, de quo quæritur, occurrit, *argumento l. si dies apposita. ff. quand. di. legat. ced. & l. si alienum, § in extraneis, ff. de hered. instit. Dec. consil. 40. col. 7. Tiber. Decian. resp. 86. num. 40. vol. 3.*

Unde & illud planum fit ac perspicuum, nepotes hoc casu regulam modò dictam pro se non habere, ac proinde fundatam intentionem prætendere non posse, cùm † in casibus 45
exceptis (veluti abundè hactenus probatum est, casum præsentem ab regula modò dicta exceptum esse) jura regulæ stari nolint, *per l. 4. § puto rectè, ff. de hered. institut. c. venerabilibus, versic. potest quoq;, de sentent. excom. in 6. gloss. notab. in cap. 1. circa fin. de reg. jur. in 6. Bartol. in l. quoties, ff. si quis cantion. & in l. 2. ad fin. ff. si quis in jus voc. non ier. Bald. in c. 1. de alien. jud. mut. caus. fact. Panormit. ad rubr. ut lite non contest. Curt. sen. consil. 71. n. 11. in fine.*

Neque est, quòd existimet quis ipsam investituram assertioni adversæ patrocinari eo ipso, quòd inter cætera vult masculos semper fœminis præferri debere. Nam si penitius illa introspecta fuerit, apparebit masculos tum demum fœmellis præferri debere, si feudum ad liberos ex filiabus primi acquirentis descendentibus devenerit; posteaquam enim filiabus in casum deficientium filiorum feudum delatum esset, subjungitur hæc clausula, oder deroselben Leibserben für vnnd für / in absteigender Lini / in welchem fall die Söhne den Töchtern allzeit vorgehen sollen / rc. Cujus clausulæ sensus alius esse non potest, quàm quòd eo demum casu fœminis masculi præferri debeant, si filiæ primi acquirentis superstites amplius non fuerint.

Etenim verba ista, in welchem fall die Söhne den Töchtern vorgehen sollen / disertè annectuntur isti casui, ubi post obitum filiarum feudum ad liberos ex ipsis prognatos devolutum fuerit: itaque ad casum præsentem, ubi filia adhuc est superstes, referri illa non debent: siquidem † ex ordine verborum manat ordo in- 46
tellectus, ut communiter tradunt interpretes *in l. qui solvendo 2. ff. de hered. instit. & in l. heredes mei, §. ult. ff. ad Senatusc. Trebell.* Bald. *in l. 1. C. de edict. D. Adrian. tollen.* Everhard. *in loc. legalib. loco ab ordine, versic. quin & ordo.* Atque hoc non alio modo prædicta investituræ hujus verba interpretanda esse evincit, *c. un. §. similiter, de capit. qui cur. vendid.* ubi in specie hic casus deciditur, nimirum, quòd post mortem filiarum masculus tantùm feudum ita acceptum, ut ad fœminas transiret, habere debeat: *Post mortem filiarum*, inquit: Ergo filiabus adhuc viventibus, masculus ex altera susceptus feudum habere non potest, argumento à contrario sensu ducto, quod † in jure fir- 47
missimum est, adeò ut quod inde infertur, pro expresso habeatur, *l. ex eo. & ibi glossa ad verb.*

colligitur, ff. de testib. gloss. in l. qui testamento, §. mulier, ad verb. argumento est, ff. qui testam. fac. poss. ubi ait contrarium sensum legis pro lege accipi. Dyn. in c. quod ob gratiam, num. 16. de reg. jur. in 6. Bart. in l. 1. §. hujus rei, num. 16. ff. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict. Cujusmodi argumentum in casu præsenti eò magis obtinebit, quia ex illo ejusmodi intellectus resultat, qui juri communi apprimè est consentaneus. Etenim

48 † jus civile in successione defunctorum parentum filios filiasvé ab intestato omnibus aliis præferr, *authent. in successione, C. de suis & legit. liber. §. si quis igitur, auth. de hered. ab intest. ven.* atque ejusmodi ordinem successivum ordinata charitas quoq; exigit, veluti notat Bartol. *in l. Gallus, § quidam recte, n. 4. ff. de liber. & posthum.* Angel. *consil 30. n. 2.* quem sequitur etiam Decius *in cons 384. n. 3.*

Ex quibus omnibus hoc quoque facilè intelligitur, particulam adjecit in investitura positam ad posteriorem solummodo casum restringendam esse, si nimirum post mortem filiarum primi acquirentis ad ipsarum descendentes feudum devolutum fuerit, quòd tùm masculi semper fœmellis præferri debeant. Nisi enim hujusmodi interpretationem admiserimus, hoc consequetur absurdum, quòd filii in successione avita matrem superstitem excludant, quemadmodum videre est ex iis, quæ superius pro confirmatione nostræ sententiæ sunt exposita, eodemq; faciunt ea quæ refert Hartm. Pistor. *lib. 2. quest. 6. n. 36.*

Quod præterea de masculis objectum est, quasi isti tàm à Domino concedente, quàm à vasallo acquirente magis dilecti præsumantur, illud ejus momenti non est, ut sententiam nostram infirmare valeat. Præterquam enim, quod in iis feudis, quæ eo tenore data sunt, ut fœminæ quoque illorum participes aliquando esse debeant, dilectio ejusmodi non præsu-

49 mitur, hoc quoque in confesso est, quòd † quilibet suam magis quàm alienam familiam diligere videtur, per ea quæ scribunt Bart. *in l. si cognatis, in fin. ff. de reb. dub.* Socin. *consil. 249. col. 8. in fin. versic. prima difficultas, vol. 2.* Curt. sen. *consil. 40. num. 14.* Paris. *consil. 83. vol. 2.* Tiber. Decian. *resp. 26. num. 76. vol. 2.* Unde vasallus acquirens filiabus potius quàm nepotibus alienæ familiæ prospexisse videtur, cùm & ipsæ filiæ dicantur de agnatione & familia patris, etiamsi extra familiam nuptæ sint, ut tradit Socin. *in consil. 227. num. 4. versic. quibus tamen.*

Præterea, quod ad dominum feudi attinet, communiter in hanc sententiam itum est, il-

50 lum eo ipso, quòd † fœminis quoque successionem feudi indulsit, videri remisisse iis servitia, ac cætera, quæ à vasallis masculis aliàs præstanda sunt, ut docet Jacob. de Belvis. *in d. c. un. §. quin etiam Episcop. vel Abbat.* ubi ait se in facto ita obtinuisse, eamque in practica servandam esse testatur Jul. Clarus *lib. 4. sentent. §. feudum, quest. 73. versic. ulterius quæro.* Bald. *in l. ult. num. 11. C. de suis & legit. liber.* idque latius persequitur Socin. *in consil. 257. vol. 2.* Dec. *consil. 498. num. 14.* Paris. *consil. 4. num. 182. & consil. 12. num. 29. vol. 1.* Alexand. *consil. 30. in pr. vol. 5.* Ruin. *consil. 18. nu. 17. vol. 1.* item Gozadin. *cons. 56. n. 18.*

Et ut maximè servitia hujusmodi dominus fœminis non remisisset, à feudi tamen successione arceri propterea illæ non possent, cùm vulgata juris interpretum sit regula, quòd † inhabiles ad serviendum, si fiant habiles ad succedendum, per substitutum, ut per maritum, vel generum, vel alium servire possint, *Bald. in c. un. num. 7. de vasall. milit. qui arm. bell. deposit. motus cumprimis textu c. un. §. si quis decesserit, si de feud. def. cont. sit int. dom. & agnat. vasall. c. un. §. firmiter. de prohib. feud. alien. per Feder. idem sentit Matth. de Afflict. in d. §. si quis decesserit, col. ult. & in d. c. un. col. 4. de vasall. milit. qui arm. bell. depos. atq; ita respondit Fulgos. in consil. 4. ubi refert Padua ita judicatum fuisse, Paris. consil. 22. num. 32. & consil. 23. num. 35. volu. 1. Natta consil. 464. num. 13. volum. 2. Cacheran. decis. Pedam. 26. num. 20. & decis. 27. num. 15.* 51

Etsi enim arma sumere mulieres jure prohibentur, alios tamen hortari ac destinare possunt, ut pro defensione domini arma capiant, argumento eorum quæ notantur *in c. quicunque, §. his ita respondeatur, c. suppliciter, §. hoc ergo exemplo, & c. si vobis, §. licet. 23. qu. 8. glo. in l. continuus 137. §. si ab eo ad verb. possibile, ff. de verb. obligat. Prepos. in c. un. §. & quia de his qui feud. dar. poss.* & hanc opinionem tanquam communem & veriorem amplectitur Mart. Laudens. *in d. §. & quia, col. 2.* Jacob. de S. Georg. *in sua investitura ad verb. & quibuscunq; nu. 4.* Brun. *in consil. 38. num. 10.* dicens Dd. communiter ita tenere. Nicol. Everhard. *consil. 210. num. 11.*

Quin hoc casu industria mulieris, ut serviat vel consilium det, electa non videtur, quemadmodum præter alios tradit Curt. sen. *in consil. 63. col. 1. versic. quartò me movet,* item Cacheran. *in d. decis. Pedemont. 27. num. 16.* præsertim cùm † substantialia feudi non in servitiis, sed fidelitate potissimùm consistant, *Isern. in c. un. in fin. quib. mod. feud. amitt. Bald. consil. 68. num. 87. vol. 3. Matth. de Afflict. decis. 320. num. 4. Paris. consil. 2. num. 22. vol. 1. Socin. jun. consil. 76. num. 36. vol. 1. Roland. à Vall. consil. 1. num. 8. vol. 4. Tiber. Decian. resp. 19. num. 202. volu. 3.* atque hanc opinionem communem esse inquit Curt. jun. *in tract. feud. part. 1. quæst. 7. num. 1.* 52

Hinc est quòd † feudum dicitur à fidelitate, *Matth. de Afflict. in c. un. n. 7. qualit. jurar. deb. vasall. dom. fidel. Jul. Clar. in d. §. feudum, q. 5. ubi dicit, hanc esse receptam Dd. sententiam.* 53

Quid verò si nulla omninò ex filiabus nati essent masculi, neq; etiam ulli omninò unquam nascerentur, sed fœminæ duntaxat, an propterea fœminæ, quòd servitia expedire nequeant, à successione feudi removebuntur? Id autem contra investituram & mentem tam constituentis quàm accipientis feudum fuerit, ut meritò ista interpretatio ad hunc casum adsciscenda non sit.

Porrò nec trita illa interpretum regula, quæ † in du-

54 † in dubio masculos fœminis vult præferri, huic nostræ sententiæ obstat; quoniam non respicit illa in genere favorem masculinitatis, ut loquuntur, sed tum saltem locum habet, quandò tales supersunt masculi, qui ejusdem familiæ sunt, cum eo, de cujus successione quæritur, argumento eorum, quæ scribit Paul. de Castr. *in consil. 339. num. 91. vol. 2.* ubi inter cetera ait, Doctores, qui masculos fœminis præferant, hanc unicam habere rationem, ut familia & agnatio conservetur. At hoc casu ratio conservandæ familiæ attendi non potest, quia vasallus acquirens nullos filios post se reliquit, sed solummo-
55 dò filias, quæ † simul ac nupserint, separantur ab ea domo, in qua natæ sunt, & alienam mariti videlicet familiam propagant, *l. pronunciatio, in fin. ff. de verb. signif. §. ult. Inst. de patr. potest. l. 4. in fin. ubi Coras. n. 3. ff. de iis quæ sunt sui vel al. jur. l. qui in adoptionem, ff. de adopt. §. 1. Inst. de legit. agn. success. Alex. in l. venia, C. de in jus vocand. Jas. in l. maritus, col. 2. C. de procur. Tib. Decian. resp. 127. n. 11. vol. 3.*

Proinde cum liberi quantumvis masculi ex filia editi avo materno sint extranei, non est quòd statuamus eos in successione bonorum ab avo materno relictorum matri superstiti præferendos esse, quia nusquam illud proditum est, nec in jure divino, nec in lege XII. tabul. nec in media illa, quę opposita fuit Jurisprudentia; quippe quę de agnatione saltem loquitur, quam hic attendi non oportet.

Religio igitur nobis sit affirmare id, quod jurisprudentiæ ignotum est, & cujus contrarium quoq; in sacra Scriptura reperitur. Nam *in allegato cap. 27. vers. 8.* Jehova per Moysen Israëlitis pręcipit, ut hereditatem defuncti ad filiam ipsius transferant, si filius ei non fuerit.

Deniq; quæ posteriori loco ex Baldo, Anchavano, Sonsbeccio, & Duareno objecta sunt, ea sic accipi non debent, quasi indistinctè quibusvis fœminis, & ex harum numero etiã matri suæ viventi masculi in successione avita præferantur: hoc enim contra omnem rationem est, quin ipse masculus ad successionem ita admitti non posset
56 ex generali illa regula, quæ habet † exclusos censeri omnes, qui descendunt ex ea persona, quæ exclusa est, veluti notat Tiber. Dec. *in resp. 54. nu. 36. vol. 2.*

Verùm *ex d. c. un. §. similiter, de capit. qui cur. vend.* firmiter statuendum est, masculos matre mortua demum fœmellis præferri, non quidem omnibus, sed iis, quibus possessio feudi necdum acquisita est, cùm nemini invito jus suum quæsitum auferri queat, ut tradit Harr. Hartmanni *in pract. obs. tit. de feud. obs. 24.* & Tib. Decianus *resp. 8. n. 94. vol. 1.*

Qua de causa etiam adstipulari non possumus Andreæ de Isernia *in opposito loco* affirmanti, masculum suam materteram quoque in possessione feudi existentem excludere, cùm non videamus, quo juris fundamento hujusmodi assertio probari possit: id quod Tiberius Decianus etiam animadvertisse videtur, dum *in resp. 93. num. 7. vol. 3.* casum hunc ceu dubitabilem in medio relinquit.

Nec refert, quòd contraria hæc assertio in cõmentariis quorundam interpretum recepta est; ex eo namque evinci non debet, plus fidei propterea illi adhibendum esse, cùm † majori dili- 57
gentia & inquisitione accuratiore consilia conscribantur, quàm commentarii, quippe qui ad aucupandam ingenii ac subtilitatis famam utplurimùm protruduntur, quod agnovisse quoq; videtur Bartol. *l. pater filium, num. 2. C. de inst. & subst.* item Bald *in l. comparationes, n. 10. vers. & adverte magnum errorem, C. de fid. instru.* ubi ait, Jurisconsultos docentes sæpè in cursu lectionum solere errare & labi. Idem quoq; sensit Corneus *in cons. 222. nu. 1. vers. his tamen non obstantibus, vol. 1.* dum scribit, Joannem Andream in cursu lectionum & interpretationum eam nõ adhibuisse curam, quam in consiliis suis adhibere fuerit solitus, quod ipsum quoq; latius persequitur Tiber. Decianus *in sua apolog. c. 10. nu. 26. & aliquot seqq.* eamq; sententiam magis communem esse testatur Corat. *d. tit. 6. n. 54.*

Quapropter cùm abundè satis ostensum sit ea omnia, quæ nostræ decisioni obstare videbantur, nec juri, nec rationi consentanea esse, firmiter concludimus, vasalli acquirentis filiam superstitem, ejusq; ex sorore præmortua neptem exclusis nepotibus ex superstite filia prognatis hoc casu ad successionem feudi controversi admittendam esse, præsertim cùm investitura pro utraque militet, & aliàs † constitutiones feudales, quæ 58
fœminas excludunt, juri communi derogent, ac proinde odiosæ sint, ut communiter notant Doctores *in l. maximum vitium, C. de liber. preter.* Unde in dubio etiam ea sumenda fuerit interpretatio, quæ benignior est, & ad jus commune propius accedit, *glos. in c. statutum, de prebend. in 6. Bart. in l. ult. ff. ad SC. Tertull. Bald. in l. inter filios, C. famil. ercisc. Jas. in auth. quas actiones, C. de sacros. Eccles. Alex. consil. 16. vol. 1. Paris. consil. 21. nu. 31. vol. 1. Rol. à Valle consil. 26. num. 3. vol. 3. & cons. 42. n. 38. vol. 4. Tiber. Decian. resp. 58. n. 53. & seq. vol. 2. Mynsi. resp. 10. n. 61. & 77. decad. 1.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS DECISIO.

Secundo loco quæritur: Utrum filiæ unà cum filiis in feudo succedant, si tenor investituræ habeat auff Söhn vnd Töchter?

Respondemus fœminas simul & unà cum maribus ad successionem feudi aspirare non posse, nisi sufficienter probatum fuerit, fœmellis ac maribus pariter feudi successionem deberi. Probandum autem † illud est vel ex investitura 59
per textum expressum *in c. un. §. 2. casus quibus fœmin. in feud. succed.* vel ex consuetudine, ad quam, si extet, initio recurrendum est, ut docet Alvarot. *in cap. unic. num. 5. de feud. cognit.* vel denique ex statuto, quod cum consuetudine paribus passibus ambulat, ut tradit Cravett. *in consil. 137. num. 3.*

Vigore investituræ mas & fœmella simul & unà ad successionem feudi admittetur, per text. *in d. cap. unic. casus quibus fœmin. in feud. succed.* in quo casus referuntur quatuor: unus in feudo franco: alter, in feudo dato ad certum servitium, quod per fœminam etiam decenter expediri

expediri possit: tertius, in feudo ita dato, ut in eo succedant fœminæ sicut masculi: & quartus, si feudum acceptum sit à duobus conjugibus simul, & in eo conjugio nascatur filia una, qua nata moriatur uxor, & tum maritus uxorem ducat aliam, ex qua suscipiat filium, marito etiam postea defuncto, filia ex priori matrimonio nata succedet cum fratre consanguineo nato ex matrimonio posteriori. Et de primo quidem casu idem tenuerunt Belvis. Alvarot. & Præposit. *in c. un. §. similiter, de capitul. Corrad.* Jacob. de S. Georg. *in §. & fœminis, n. 10.* Zas. *in epit. feud part. 8. nu. 48.* Rosenth. *in synops. sua feud. cap. 7. num. 86.* & quamvis nonnulli sint, qui contrarium teneant, ut Curtius jun *in tract. feud. part. 3. nu. 18.* Alexand. *cons. 9. vol. 5.* Corn. *cons. 14. vol. 2.* Cùm tamen manifesta verba textus suprà adducti id probent, in his potius acquiescendum existimat Hartm. Pistor. *lib. 2. quæst. 34. nu. 36.* nisi ex investituræ verbis aliud colligi possit, secundum Jul. Clarum *in §. feudum, quæst. 73. n. 7.* De altero verò casu idem tenuerunt Belvis. Bald. Alvar. & Laud. *in c. un. §. quin etiam, Episcop. vel Abbat.* Afflict *in c. un. §. & quia, n. 28. de his qui feud. dare poss.* Schneidw. *de feud. part. 6 sub rubr. de successión. ab intest. n. 45.* Roman. *consil. 367. n. 12.* Corneus *cons. 16. n. 9. & cons. 239. n. 4. vol. 1.* Ruin *cons. 18. n. 17. vol. 1.* Gozadin. *cons. 56. nu. 18.* Paris. *cons. 4. nu. 18. vol. 1.* De tertio verò casu idem docent Zas. *part. 8. n. 49.* Rosenthal *d. cap. 7. nu. 85.* Pistor. *lib. 2. quæst. 35. n. 28.* idemq; obtinere, si facta sit investitura pro se & heredibus masculis simul cum fœminis docent Bald. *in l. fin. C. de suis & legit.* Jacob *in d. §. & fœminis, n. 10.* Curt. jun. *d. part. 3. n. 18. vers. & hanc limitationem.* Joan. Thom. de Marin. *tit. 11. nu. 31.* Zas. *d. part. 8. nu. 40.* Schneidw. *d. loco, n. 44.* Wesembec. *de feud. cap. 6. n. 23. versic. quocirca si in illa, & consil. 74. nu. 24.* Imò idem tum etiã cum investitura facta est pro masculis cum fœminis obtinere docendo tradũt Paris de Puteo *de redintegrat. feud. cap. 109. nu. 2.* Bald. *in d. l. fin.* Jacob. *d. nu. 10.* Cremens. *singul. 70.* Mozzius *de feud. sub rubr. de substant. feud. n. 87.* & consulendo sequuntur Dec. *consil. 208.* Gozadin. *cons. 53.* Crot. *cons. 27. n. 3.* Bursat. *consil. 63. n. 10. lib. 1.* Rol. à Valle *consil 84. nu. 10. vol. 4.* Eamq; communem esse Doctorum sententiam attestantur Mandos. *in addit. ad Roman. consil. 33. in verb. superstite.* Parisius *consil. 12 n. 17. & seq. vol 1.* Clar. *d. quæst. 73. n. 4.* Pistor. *d quæst 35. n. 30.* Borcholdt. *c. 7. p. 2. n. 67.*

Vigore consuetudinis fœmina simul cum masculo ad successionem feudi admittitur, quando in territorio aliquo ita semper observatum fuit, ut fœminæ pariter cum maribus succederent, *Duar. de feud. c. 10. n. 9.* qualem consuetudinem in regno Siciliæ esse refert Jacob. de S. Georg. *ad d. verb. & fœminis, nu. 9.* idem scribit Zas. *in d. part. 8. nu. 42.* addens in Suevia similem consuetudinem extare.

Statuti deniq; prorsus eadem est ratio, ut illius vigore fœmina pariter cum mare in feudo succedat tum, quando statuto cautum est, ut simul cum masculo fœmella succedat, *Bald in d. l. ult. n. 3. & 5. Curt. jun. in d part 3. n. 19. Socin. cons. 257. n. 2. Alex cons. 29. n. 5. vol. 1.*

Extra hos casus fœmina ad successionem feudi non admittitur, nisi mares defecerint, textus sunt expressi *in c. un. §. cumq; inter sapientes, de eo qui sib. vel hered su. masc. & fœm. invest. accep.* ubi generalis traditur regula, quòd fœminæ non pateat locus in feudi successione, donec masculus superest ex eo. qui primus de hoc feudo fuerit investitus. Suffragatur *c. un in pr. ibi, deficientibus filiis masculis ad filias pertinebit, de feud. fœmin. c. un. §. filia verò ibi tunc enim succedit filia, filiis non extantibus, de success. feud.* Eadem sententia est *c. un. §. similiter, de capit. qui cur. vend. & c. un. in princ. de natur. success. feud.*

Et quidem usq; adeò hæc sunt vera, ut etiam tunc locum habeant, cùm vasallus eo tenore investitus est, ut ipsius descendentes masculi & fœminæ succederent. Nam hoc quoq; casu liberis masculis extantibus fœmellæ excluduntur. Nec obest copula ET.

Licet † enim hæc aliàs conjungat, & omnes simul atq; æqualiter ad idem dispositum vocet, *per d. l. si quis Attio. l. si mihi, in pr. l. si duobus, l. si pluribus, in pr. l plane, §. si conjunctim, & l. Titia, §. nihil. ff. de legat. 1.* tamen hoc casu attenta natura feudali, ordinem successivum denotat copulans verba, non sensum, atq; ita potius in vim ordinis, quàm in vim copulæ posita censetur, *Alvarot. in c. un. §. quin etiam, n. 2. Episc. vel Abbat. Bart. in l. ut jurisjurandi, §. si liberi, n. 5. ff. de operis libert. Bald. in l. liberti, n. 24. C. eod. Paris de Put. d. c. 109 nu. 3. Ferrarius in collectan. feud. lib. 3. c. 8. ferè in pr. Myns. obs. 74. cent. 5. & novissimè Borcholt. in comment. feud. c. 7. n. 35.* Idq; consulendo secuti sunt Alexan. *consil. 9. n. 6. & seq. vol. 5.* Tib. Decian. *resp. 7. nu. 29. vol. 1. resp. 30. num. 39. vol. 3.* Dec. *cons. 193. nu. 5. vers. & quando etiam fœmina essent vocatæ.* Rolan. à Valle *consil. 58. n. 67. vol. 3.* Wesembec. *cons. 74. nu. 22.* Everhard. *cons. 63. num. 2.* ubi ait fœminam extante masculo in feudis nunquam succedere, etiamsi sit ejusdem gradus cum illo. 60

Quò apprimè quoq; facit, quod Præpos. *in d. c. un. de eo qui sib. & hered. masc. & fœmin. invest. accep.* scribit: Et sic, inquiens, nota, quòd licet feudum descenderit in genus fœmininum, tamẽ non efficitur feudum fœmininum, ita ut passim succedant fœminæ: quinimò si postea nascatur masculus, certè masculus excludet fœminam.

Quocirca conventio, per quam masculi & fœminæ simpliciter & sine ulteriori adjectione ad feudi successionem vocantur, ita intelligenda erit, ut tunc demum fœminis feudum deferatur, quando masculi ejus capaces non supersint, ita tenet Hartman. Pistor. *quæst. lib. 2. q. 35. nu. 6.* ubi ait, Gerhardum & Obertum unanimiter consensisse, quòd feudo ea lege concesso, ut deficientibus maribus ad fœminas deferretur, masculus etiam in alia linea existens fœminæ præferatur: idq; Cujacium *in tit. 2. §. penul. lib. 1. feud.* animadvertisse scribit.

Decanus & ceteri Doctores facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi consignabant mense Aprili, Anno Christi 1593.

CONSI-

Consilium XXXII.

Quod est

PHILIPPI MATTHÆI JC.
nomine facultatis Juridicæ Marpurgensis conscriptum.

SUMMARIA.

1 *Nullum est quod contra leges factum est.*
2 *Nullum perinde habetur atque si factum non esset.*
3 *Æqualitas servanda est.*
4 *Sortis judicium improbatur, sed probatur num. 23.26.*
5 *Læsio jure improbatur.*
6 *Mulieres fragiles sunt & infirmæ.*
7 *Renunciatio non præsumitur.*
8 *Mulier animalium omnium avarissimum.*
9 *Tacens in præjudicialibus non censetur consentire, contrarium n.19.&32.*
10 *Divisio non ritè facta retractari potest, etiamsi convenisset de non retractando.*
11 *Reprobari non potest semel probatum.*
12 *Conventio Principis rescripto tolli non potest.*
13 *Geminatio seu reiteratio magni est effectus.*
14 *Acceptans consentire intelligitur.*
15 *Scripturæ quam accipit non contradicens consentire intelligitur.*
16 *Subscribens consentire censetur subscriptis.*
17 *Sigillans consentire censetur sigillatis.*
18 *Sigillationis effectus major quam subscriptionis.*
20 *Maritus est curator suæ uxoris.*
21 *Divisio est contractus innominatus.*
22 *Divisio retractari non potest.*
24 *Arbitria magnam habent autoritatem.*
25 *Inæqualitas seu læsio casu obveniens non est in consideratione.*
27 *Læsio in dubio non præsumitur, eoq; probanda est.*
28 *Læsionis probandæ requisita.*
29 *Læsus non censetur in actu, cui viri boni & graves interfuerunt.*
30 *Læsionẽ probare non admittitur is, contra quem est præsumptio.*
31 *Mulierum regulariter eadem est conditio, quæ virorum.*
33 *Privilegia non sunt extendenda.*
34 *Læsio ex sorte proveniens non retractatur.*
35 *Remissio incerti eventus impedit remedium l. 2.C.de rescind. vendit.*
36 *Læsio in actibus reiteratis allegari nequit.*
37 *Restitutio ob modicam læsionem non conceditur.*

INTER Nobilem A.& literatum quendam B. pacto convenit, ut hereditas, quæ prædicti Nobilis uxori & literato B. ex æquo obvenerat, coram certis arbitris divideretur; in eumq; finem ab utraque parte eliguntur quatuor arbitri, quorum duo fuère nobiles, tertius Principis N. Camerarius, & quartus Consul civitatis D. nec solùm à singulis hisce per literas petitum est, ut hereditatem istam æqualiter haud gravatim partiri dignentur. Sed ipse Princeps quoq; ut hoc iis clementer permittat, demissè rogatus fuit. Quibus omnibus Nobilis uxor adfuit, nec cõtradixit. Rogati arbitri simulac comparuerunt, Nobili ipsiusq; uxori ad se vocatis significant, quomodo hereditatem inter partem utramque dividere velint; pòst in duas partes hereditatem dividunt, & tam Nobili A. quàm literato B. divisionis ab se factæ schedas binas exhibent, & in alterum diem deliberare jubent, utrum putent in ista divisione desiderari quid posse. Nobilis A. unà cum uxore, & literatus B. in divisione ista acquiescunt, atque in eo etiam consentiunt, ut cuique parti sua scheda sorte assignetur, cui sorti stare se velle uxor Nobilis A. æquè promisit, atq; literatus B. Unus ex arbitris binas istas schedas in pileum conjicit, sursum deorsum illas aliquandiu jactitans; pòst puella unam schedam extrahit, & cùm nesciret, utri parti illam dare debeat, arbitrorum unus non consultò, sed fortè quòd nobilitati prærogativam esse dandam censeret, uxori Nobilis A. schedam istam dari jubet: uxor schedam accipit & aperit, nec gratulationem sibi tam à marito Nobili, quàm ab arbitris factam respuit, sed æquè ac literatus B. arbitris gratias agit: his peractis divisio hujusmodi consignatur literis, quæ sine ulla protestatione aut exceptione tam à mulieris marito A. quàm à literato B. subscriptæ ac sigillis munitæ sunt: quin & hereditas ab utraque parte vigore prædictarum schedarum aditur, & post aliquod temporis intervallum Nobilis A. ipsiusque conjunx arbitris pro labore in divisione ejusmodi exantlato, denuò gratias agunt, & præterea ampla munera mittunt. Hisce omnibus posthabitis, nunc demum uxor Nobilis A. de divisione ista conqueritur, prætendens, se læsam esse, quòd alterius portio longè melior sit. Et in specie hoc quoq; prætexit, se nunquam renunciasse, neque etiam subscripsisse aut signasse instrumentum de divisione ista conceptum, nec mariti subscriptionem ac consignationem quid præjudicii sibi adferre posse, quòd ipsa sit heres, non maritus. Ac proinde à Principe N. demissè contendit, ut ipsius celsitudo ex officio novam divisionem, aut ad minimum novam bonorum æstimationem fieri curet, ut ita consequatur id, in quo alterius portio præponderet.

Hinc jam de duobus quæritur, quorum primum est: Utrum uxor Nobilis A. divisionem prædicto modo factam de jure impugnare possit?

Alterum est: Num contra sortem actio & rescissio detur ei, qui se læsum esse quæritur?

PRIORIS QUÆSTIONIS DECISIO.

QUod ad primam quæstionem attinet, sanè prima fronte, ut loquitur JCtus Celsus *in l. quinquaginta, ff. de probat.* videretur dicendum, divisionem ejusmodi jure impugnari posse, idq; ex sequentibus rationibus.

Primùm enim uxor Nobilis A. divisione memorata facta neutiquam obligata videtur, propterea

pterea quòd contra leges illa censetur esse facta,
1 siquidẽ juris est notissimi, ipso † jure nullum esse
quod contra leges fit, *l. non dubium, §. 1. C. de LL.*
§. 1. ubi Wes. n. 2. & 3. Inst. qui & quib. ex caus. man.
2 *non poss. C. qui contra, de reg. jur. in 6.* atq; idcircò †
nullum quoq; sortiri illa poterit effectum, *arg. l.*
si pater, C. ne de stat. defun. Bal in l. 4. n. 5. C. quom. &
quan. judic. sent. profer. deb. & in c. un. in pr. n. 23. de
probib. feud. al. per Feder. Imò quod nullum est, id
perinde habetur, ac si omninò factum non esset,
l. 1. § quod autem. ff. quod quisq; jur. in al. stat. Felin.
in c. illud, nu. 5. de præscript. Tib. Dec. resp. 10. nu. 34.
vol. 1. Thoming. decis. 20. nu. 14. nec tractu tempo-
ris reconvalescere illud potest, etiamsi cesset cau-
sa, propter quam ab initio actus fuit nullus, *l. un.*
C. de lat. liber. toll. l. quæ ab initio, & ibi Dec. nu. 7. ff.
de reg. jur. l. nulla, C. de acquir. poss. Dyn in c. non fir-
matur, de reg. jur. in 6. Paul. de Castr. cons. 381. nu. 4.
in fin. vol. 1. Tib. Dec. resp. 8. nu. 208. vol. 1. Cacheran.
decis. Pedem. 130. n. 1.

Quòd verò divisio hujusmodi contra leges fa-
cta sit, duplici ratione probari potest. Primùm
namque conqueritur Nobilis uxor æqualitatem
3 in illa nòn esse servatam, quam † tamen per le-
ges omninò servatam oportuit. *l. si major, ibi ut*
in omnibus æqualitas servetur, C. commun. divid.
Neq; enim quicquam leges tam amant, quàm æ-
qualitatem, *l. cum pater, §. evictus ff. de legat. 2. l. il-*
lud, §. ult. C. de collat. l. majoribus, C. commun. utr. ju-
dic. Tib. Dec. resp. 15. nu. 52. vol. 1. ubi similiter divi-
sionem ex bono & æquo fieri debere statuit.

Deinde facta ista divisio est per sortem, cujus-
modi dividendi ratio juri non videtur consenta-
4 nea. Etenim † Baldus *in l. 2. C. quan. & quib. quart.*
pars debet. pro regula tradit, nunquam res sorte
dividendas esse, nisi in casibus à jure expressis.
Idem tenet Imola *in l. suus, in princ. ff. de hered. in-*
stit. Jas. *in l. 3. nu. 9. C. comm. de legat.* ubi ait, hoc di-
ctum Baldi perpetuo cordi fixum tenendum es-
se. Suffragatur Tiraquellus *in tract. de primogen.*
quæst. 17. n. 14.

Est enim temerarium, ac planè periculosum,
sorti serias magniq; momenti causas committe-
re, teste Baldo *in proœm. ff. orum, §. itaq;.* In ean-
dem sententiam scribit Alciatus *in d. l. 2. §. ex his,*
nu. 25. dicens sortis judicium esse periculosum, &
subjectum fortunæ, non rationi, atq; ob id assen-
tiri se non posse Bartolo, qui divisionem sorte
fieri voluerit. Unde etiam Panormit. *in c. 1. in fin.*
de paroch. ait, se consulere, ut à sorte abstineatur.
Sed & Æmyl. Ferretus *in resp. suo 1. vers. alii autem*
dixerunt, inter cætera tradit, opinionem eorum,
qui divisionem sorti committant, nihil certi ha-
bere, quo nitatur, præter communem consensum
Legistarum *in d. l. 2. & in l. 1. C. de his qui se defer.*
quæ tamen loquantur in casibus singularibus ac
privilegiatis. Planè eò minus ad sortem confu-
giendum est. quoniam his qui hereditatem divi-
dere volent, à jure provisum est, judicio familiæ
erciscundæ, ad quod eundum est, non ad sortem,
quippe qua in illis demum casibus utendum est,
in quibus de jure nihil certi statui potest, *gl. in l.*
unic. ad verb. prohibebit, C. uti possid. Quòd autem
ad judicem potius, quàm ad sortem in hac divi-
sionis materia confugiendum sit, ipse Bartol. sibi
alioquin hoc in casu contrarius *in d. l. 2.* ostendit,
dum inquit: Nota, quòd cujus sit electio, dirimi-
tur sorte, hoc potest dici speciale hîc, in aliis au-
tem divisionibus inter privatos judex potest assi-
gnare quam partem vult, cui vult.

Sic quod arbitrio judicis committendum sit,
quónam pacto divisio fieri debeat, præter alios
quoq; docet Jas. *in l. 1. n. 39. ff. si cert. pet. & in §. quæ-*
dam, n. 65. Instit. de act. Covarr. *in pract. quæst. cap.*
ult. n. 3. ubi frequentiori consensu hoc receptum
esse scribit. Suffragatur Schurff. *in cons. 71. nu. 15.*
cent. 1. ubi ait, pro opinione Bartoli & sequacium
de jure civili non reperiri claram decisionem,
quòd sorte divisio fieri debeat. Idem scribit Fi-
chard. *in cons. latin. 12. nu. 21.* ubi Bartolo opponit
textus expressos *in §. eadem. Instit. de offic. judic. in*
l. ad officium, C. comm. divid. in l. judicem, ff. eod. in
l. item Labeo, §. 1. & in l. heredes, §. pen ff. famil. ercis.
cujusmodi textus, subjicit ibidem Firchardus, de
hereditate sorte dividenda nullos habemus.

Deinde videtur hujusmodi divisio eò magis
rescindenda esse, quoniam læsionem induxit; &
verò jura † neminem lædi, sed cuiq; suum tribui 5
volunt, *§. pen. Instit. de just. & jur. l. justitia, 10 ff. eod.*

Hinc est, quod Pomponius *in l. jure naturæ, ff.*
de reg. jur. itemq; in l. jure succursum, ff. de jur. do-
tium, ait, jure naturæ æquum esse, ne quis cum al-
terius detrimento fiat locupletior, aut damnum
per alterius lucrum sentiat. Eodemq; spectat
quod Papinian. *in l. non debet, 74. & l. seq. ff. de reg.*
jur. scribit, iniquam conditionem alteri per alte-
rum inferri non debere, nec fas esse, ut quis con-
silium suum in alterius injuriam mutet.

Qua de causa interpretes quoq; communiter
tradunt enormiter læsum audiendũ esse, etiam-
si renunciasset generaliter omni juris ac legum
auxilio, ita scribit Rol. à Valle *in cons. 7. n. 52. vol. 3.*
dicens ita consuluisse etiam Corneum *in consil.*
283. col. 3. vol. 4.

Quod in præsenti eò magis faciendum vide-
tur, quoniam læsa est fœmina, cui † jura facilius 6
succurri volunt, quàm aliis: cùm natura mulie-
rum infirma sit & fragilis, *l. 2. §. verba, ff. ad SC.*
Vellejan. l. regula, ff. de jur. & fact. ignor. l. 1. §. accu-
sationem, ff. ad SC. Turpill. l. 4. in fin. C. de sponsal. l.
imperialis, C. de nupt. l. quisquis, §. 1. C. ad l. Jul. maj.
§. his consequens, auth. de æqual. dot. Alciat. in tract.
præsumpt. reg. 1. præsumpt. 42. in prin. Paris. cons. 75.
n. 30. vol. 3.

Quam ob causam Romani mulieres omnes
in tutorum potestate esse voluerunt, ut asserit
Cicero *in Orat. pro Murena.* Etenim consilio e-
gent, nec ullum apud eas reperire est, ut ajunt
Baldus *in c. 1. col. 9. vers. ultimò quæro, de judic.* &
Dec. *in l. 2. n. 46. ff. de reg. jur.*

Hinc nonnulli ex interpretibus dixêre, quòd
cùm faciunt aliquid fœminæ sine causa, vel etiam
ex injusta causa, ex simplicitate & fragilitate id
facere præsumantur, veluti docet Bald. *in l. 2. qu.*
4. C. de rescind. vend. per l. cùm de indebito, ff. de pro-
bat. Ruin. *cons. 60. n. 21. vol. 3.* Roland. à Vall. *consil.*
7. n. 44. vol. 3. ubi ait, jura mulieri, minori & rusti-
co de facili propter personæ qualitatem subve-
nire, idq; rationabile videri Corneo *in consil. 189.*
col. 1. vol. 1.

Et sanè cùm aliâs virorum seductionibus mu-
lieres deceptæ ac læsæ præsumantur, ut ait Justi-
nianus

hianus *Novell. 61. §. 1. vers. & si consentiat mulier,* maximè verisimile videtur hanc quoque mulierem aliorum persuasionibus ad hujusmodi divisionem ineundam inductam fuisse, ut sic tantò magis illi succurrendum esse videatur.

Siquidem Doctorum plerique etiam masculis eo casu, quando per aliorum persuasiones læsi sunt, subveniendum esse dictitant, non tantùm quando de damno vitando agitur, sed etiam quando de lucro non amittendo contenditur, ita respondit Paul. de Castro *in consil. 175. in primo dub. vol. 2.* Alexand. *consil. 109. col penult. vol. 4.* Cravett. *cons. 157. num. 15.* Roland. à Vall. *cons. 35. n. 10. vol. 2.*

Nec mulieri hoc casu obstare posse videtur, quòd non solùm divisioni hujusmodi adfuit, nec tamen contradixit, sed literas etiam de divisione ista conscriptas à marito consignari ac subscribi est passa: ex eo namq; vix doceri poterit, eam prorsus in divisionem consensisse, adeoq; juri sibi competenti renunciasse.

7 Præterquam enim, quòd † nemo, nedum
8 mulier, quæ † ex universo hominum genere avarissimum censetur, ut notat Mascard. *de probat. conclus. 150. nu. 3.* juri isti quod ignorat renunciare præsumitur, *l. mater, ff. de inoff. testam. l. legitimam, ff. de pet. hered. Jas. in l. si quis, nu. 17. ff. de verb. oblig. Fulgos. in l. 2. n. 5. C. de resc. vend. Everhard. cons. 21. n. 24. & novissimè Andr. Geil. pract. obs. lib. 2. obs. 41. nu. 2.* hoc quoq; communiter receptum est, quòd
9 † ex sola præsentia & taciturnitate non inducatur renunciatio juris sui, sed requiratur consensus expressus, ut notatur *in l. quæ dotis, ff. solut. matrim.* Hinc Bald. *in c. un. de prohib. feud. alien. per Lothar.* ait, quòd præsens alienationi rei suæ tacens sibi non præjudicet, quod ipsum sentit quoque Crotus *in l. filiusfamil. §. Divi, col. 36. ff. de legat. 1.* Suffragatur Portius *in consil. 19. num. 56.* ubi ait, taciturnitatem, quod ad damnum ejus, qui adest, pertinet, consensum non inducere.

Idq; in præsenti tantò magis obtinebit, quia mulier ista non de exiguo præjudicio queri videtur. Et verò Doctores in eo fermè consentiunt, quòd præsens & tacens consentire non censeatur, ubi de gravi præjudicio agitur, *Jas. in d. l. quæ dotis, col. 13. Dec. in c. cæterum, col. 5. de judic. Cravet. consil. 226. num. 10.* quibus accedit Mynsing. *in resp. 2. nu. 34. decad. 1.* allegans Nattam *in repetit. c. quamvis, de pact. in 6. & l. pen. ff. de furt. item glos. notab. in l. 2. ff. de acquir. poss.*

10 Deinde etiam illud expeditum est, quòd † maritus nec invitæ uxori præjudicare, nec author ipsi in causa propria esse possit, *per l. non debet, ff. de reg. jur. l. pupillus, 5. in princip. ff. de autor. tutor.*

Quinimò, quamvis expressè mulier in divisionem istam consensisset, ejusq; voluntate maritus literas modò memoratas & consignasset & subscripsisset, nihil tamen consensus ejusmodi nocere ipsi videtur, ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum convertatur, ut dicitur *in §. 1. Instit. quib. alien. lic. vel non, & in d. Novel. 61. suffragatur l. 1. §. & cum lex. C. de rei uxor. action.*

Ex quibus omnibus concludendum esse videtur, divisionem sortitò factam de jure ita validam non esse; quin ad petitionem læsæ uxoris A. rescindi queat; præsertim cùm aliàs etiam di-
visio † non ritè facta retractari possit, etiam eo 10
casu, ubi dividentes promiserunt, nolle se unquam ejusmodi divisionem rescindere: ita sentit Bald. *in rubr. de constitut. pecun. col. 1. versic. deinde venio ad causam, & in l. nec apud, C. de hered. institut.* idem Bald. *consil. 386. vol. 1.* Paul. de Castro *cons. 125. in 6. dubio, vol. 2.* Corn. *cons. 278. col. penult. vol. 4.* Jas. *cons. 87. vol. 1.*

Sed quoquo modo hæc sese habeant, contrarium de jure verius esse statuimus, nimirum divisionem sortitò factam, de qua in præsenti sermo est, nullo jure infirmari posse.

Etenim ex facti nobis propositi specie primùm evidenter apparet, uxorem Nobilis A. æquè ac literatum B. in id consensisse, ut hereditas, quæ utrique obvenerat, ex æquo divideretur; ac quò justior esset divisio, atque ab omni deceptionis suspicione remotior, utrique insuper placuisse videmus, ut quatuor ad divisionem hujusmodi faciendam deligerentur arbitri, qui & nominati, & hanc ad rem seriò rogati sunt, cujusmodi sanè consensio aperta est, & de jure ita comparata, ut neutiquam retractari possit.

Reprobari † namque non potest semel pro- 11
batum, ait Scævola *in l. Pomponius, ff. de negoc. gest.* Nec displicere amplius potest quod semel placuit, *c. quod semel, ubi Dyn. de reg. jur. in 6.* Siquidem fidei humanæ nihil est tam congruum, quàm ea, quæ inter ipsos placuerunt servare, ait Ulpian. *in l. 1. in princ. ff. de pact.* Eodemque spectant *l. 1. §. qui semel, ff. de success. edict. l. de accessionibus, ff. de divers. & temp. præscript. glos. in c. cum non ignores, de prabend. ubi habetur, quod revocari non possit consensus semel præstitus. Suffragantur l. cum mulier, ff. solut. matrim. l. si uxor, §. ult. ff. ad leg. Jul. de adult. l. sed si unius, §. ait Prætor, ff. de injur. l. si quis, C. de reb. credit. Socin. jun. cons. 166. nu. 3. vol. 3. Cephal. cons. 91. num. 23. Rol. à Vall. cons. 54. num. 10. vol. 4. Cravet. consil. 24. num. 10. & consil. 200. nu. 2.*

Unde vulgatum illud, quod initio conventionis est voluntatis, ex post facto fit necessitatis, *l. sicut, C. de action. & oblig.*

Quinimò † conventio legitimè inita, ne Prin- 12
cipis quidem rescripto rescindi potest, quantumvis conditio illius, qui à conventione recedere non vult, melior facta sit, *l. 3. C. de resc. vend. Dec. cons. 558. num. 4. & seq. Tib. Decian. resp. 64. n. 10. vol. 3.*

Quæ omnia eò firmiora esse oportet, quòd utraque pars conjunctìm à suo Principe arbitrorum ab se designatorum copiam sibi fieri submissè petiit, atq; etiam impetravit, cùm sic divisio hujusmodi perinde habeatur, ac si interventu ipsius Principis facta sit, proindeq; legitimè facta præsumatur, per ea quæ tradit Baldus *in l. si testamentum, C. de testam.*

Huc accedit, quòd sæpius nominata fœmina simul ac ex arbitris intellexit divisionem istam commodius fieri non posse, quàm per sortem, non solùm in ejusmodi sortiendi consilium consensit, sed in illa sorte etiam, quæ sibi

sibi obtigerit, acquieturam sese in quatuor arbitrorum præsentia promisit; Cujusmodi promissio præcedentem consensum magis corroborat, ac facit, ut contravenire nunc sortemq; respuere fœmina nequeat.

Cùm is, qui promittit quid facere, ad hoc factum teneatur, ait Baldus *in c. un. §. ad hæc, vers. quod si quis, hic finit. lex, l. stipulatio ista, in pr. ff. de verb. obligat.* ubi Doctores communiter notant, eum, qui ad interrogationem alterius promisit, omnia rata & grata se habiturum, nec unquam contradicturum esse, firmiter obligari: maximè si spontè, non coactè hoc faciat, *per c. cum locum, de spons. Jas. in d. l. 1. ff. de pact.* ubi refert Aristotelem monuisse Alexandrum Magnum, ut promissa servaret, aliàs malum finem secuturum esse.

Et quidem eò minus nunc sortem sibi delatam respuere poterit, quia plura alia intervenêre facta, quibus pristinum suum consensum magis ac magis confirmavit. Præterquam enim quòd in binis istis schedis, in quibus bona cuiq; per sortem deferenda consignata erant, nihil desideravit, sed consilio satis maturè cum marito prius habito, illas admisit: hoc quoq; ex proposita facti specie constat, quòd ipsa schedam postea sibi datam nō solùm accepit & aperuit, sed aliis quoque de sorte oblata ipsi gratulantibus gratias egit, ac præterea sine ulla protestatione aut exceptione, ea quæ cuiq; parti sortitò obvenissent, literis consignari est passa, quas literas quoq; maritus ipsius suo sigillo munivit ac subscripsit: Tandem etiam ipsa vi sortis istius portionem hereditatis sibi oblatæ adiit, ac post aliquod temporis intervallum gratitudinis ergò arbitris munera ampla misit.

Quæ singula si penitius cōsiderentur, ita comparata sunt, ut nō nisi enixam ac deliberatam voluntatem hujus fœminæ arguant: ideoq; tantò minus divisionem hujusmodi rescindi permittant.

13 Nam † consensus toties ex intervallo iteratus arguit deliberationē voluntatis, & præsumptionem circumscriptionis etiam ex parte mulieris purgat, teste Justiniano *in l. si mulier, C. ad SC. Vellejan.* gl. *in c. ex literis, ad verb. admonita, de divort.* ubi ait, ex consensu iterato errorem & deceptionem nunquam præsumi, idem docet *in c. si cautio, de fid. instrum.* adstipulantur Jas. *in l. 1. nu. 16. C. de pact.* Paris. *cons. 69. nu. 78. vol. 3.* Cephal. *cons. 94. n. 10. & cons. 142. nu. 8.* Decius *cons. 171. nu. 5.* ubi ait, mulierem propter hanc iterationem consensus nō posse contravenire, etiam data læsione. Idem scribit Oldrad. *in cons. 253. in fin.* Mascard. *in concl. 1080. n. 10.*

Ac quamvis iteratio hæc nō intervenisset, singula tamen ejus ponderis sunt, ut mulierem contra divisionem istam venire non patiantur, id quod in specie ex uno atque altero actu demonstrare libet.

Et primùm quidem, quòd schedam seu potius sortem sibi delatam acceptavit, ex eo manifestè colligitur, eam in sortitionem hanc consensisse, nec discriminis quid inter binas istas schedas habuisse, sed perinde ipsi fuisse, hanc vel illam acceperit.

14 Nam † acceptatio ejusmodi consensum inducit, ut refert Bartol. *in l. si filius, ff. ad SC. Macedon.* idq; Doctores communiter probant *in l. cum tabernam, §. idem quæsiit, in fi. ff. de pignor. in l. Titius, circa fin. ff. de constit. pecun. & in l. quo enim, §. 1. ff. rem rat. haber.* Idem tradit Baldus *in rubr. C. de fid. instrum. col. 28. vers. quæro quid de literis.* Jas. *in l. admonendi, n. 121. ff. de jurejur.* Felin. *in c. 2. n. 22.* & ibid. Dec. *n. 15. de fid. instrum.*

Et cùm simpliciter sine ulla exceptione aut protestatione schedam acceptaverit, intelligitur consensisse omnibus qualitatibus in ea contentis, *per l. 2. ff. de reb. eor. qui sub tutel. vel cur. sunt, l. Cajus Sejus, ff. de manumiss. Jas. in l. contra, §. si filius, ff. de pact. Socin. cons. 125. col. 2. vol. 3. Paul. de Castr. cons. 237. col. 1. vol. 1.*

Denique quòd eadem confectioni literarum, seu instrumenti adfuit, nec quid cuiq; sortitò obvenisset consignari prohibuit, cùm prohibere, vel ad minimum contradicere potuisset: ex eo similiter planum fit ac perspicuum, illam in divisione per sortem facta acquievisse, bonisq; sibi assignatis contentam fuisse, cùm is, qui † simpli- 15
citer sine ulla protestatione scripturam admisit, approbasse præsumatur illa omnia quæ in scriptura ista continentur, per ea quæ fusè scribit Jason *in d. l. admonendi, nu. 128. vers. quintò limita, & in l. quæ dotis, nu. 90. ff. solut. matrim.* adducens pro hoc textum *in Clement. 1. de procur.* ubi si quis receperit scienter instrumentum in quo constituitur procurator, videtur tacitè se obligare ad illud officium, nec potest amplius illud recusare. Eodemq; faciunt quoq; ea, quæ tradit Paul. de Castro *in cons. 314. nu. 2. in fin. vol. 2.* nec dissentit Socin. *in cons. 82. col. 2. in pr. vol. 3.* Idem tenet Cravet. *cons. 54. num. 4. vol. 1.* idq; in præsenti tantò magis obtinebit, quoniā ejusdem fœminæ maritus A. literas istas sigillo & subscriptione sua firmavit.

Etenim si † sola subscriptio operatur confes- 16
sionem & approbationem omnium, quæ in scriptura subscripta continentur, sicut revera operatur, ut docet Tib. Decian. *in resp. 29. nu. 30. vol. 2. per l. emptor, §. Lucius, ff. de pact. & l. sicut, §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hyp. solv. & Wesemb. in cons. 14. num. 2. per l. Publia, §. ult. ff. depos.* multò magis † sigilli appositio cum subscriptione con- 17
juncta approbationē ejusmodi operabitur, tum quòd in confesso est, bina vincula fortius ligare quàm unum, veluti liquet ex iis quæ præter alios notant Rolan. à Vall. *in cons. 89. n. 43. vol. 1.* & Tib. Decian. *in resp. 9. nu. 10. vol. 1.* tum verò quòd † si- 18
gillum ejusmodi majoris efficaciæ est, quàm subscriptio, quemadmodum docet Cravet. *de ant. temp. part. 1. §. quæritur enim.*

Quin etiam fidem publicæ scripturæ sigillum appensum adfert, quamvis subscriptio partis nō accesserit, ut refert Zas. *in cons. 1. num. 13. vol. 1.* & hunc secutus Schurff. *in cons. 17. nu. 12. cent. 1.* latè Wesemb. *in cons. 38. nu. 67.* ubi inter cetera ait, & sigillando & subscribendo actum ratificari.

Neque est quòd prætexat hîc fœmina mariti subscriptionem & sigillationē (ut vulgò loquuntur) præjudicium sibi adferre non posse: quoniā prætendere quidem illud posset, si ipsa invita & absente subscriptio facta, sigillumq; à marito appensum fuisset, per ea quæ scribit Bald. *in l. hac lege, C. de pact. convent.*

Verùm

Verùm cùm adfuerit illa toti isti actui, nec cōtradixerit, non videmus quo jure tale quid causari mulier queat, quia tritum est illud, quòd † præsentia & taciturnitas alicujus in actu præjudiciali tantundem operetur, quod consensus expressus, sicut refert Nicol. Everhard *in cons. 8. nu. 12. per l. fidejussor, §. pater, ff. de pignor. gl. in l. Cajus. ff. de pign. act. Bart. itemq́; Paul. de Castr. in l. si fundum, ff. de legat. 1.* id quod in præsenti casu eò magis obtinebit, quòd † maritus non secus ac curator uxoris habetur, adeoq; in bonis suæ uxoris tacitam administrationem habere intelligitur, *arg. l. ult. C. de pact. convent. Mynsing. obs. 53. cent. 3. late Alex. in cons. 144. per tot. vol. 5. Cephal. cons. 122. in pr. vol. 1. Natta cons. 75. n. 2. vol. 1.*

Deniq; cùm uxor Nobilis A. in solo hujusmodi consensu non substiterit, sed portionem hereditatis sorte sibi delatæ non minus quàm literatus B. confestim adierit, ac pro suo libitu aliquandiu, nulla querela aut protestatione interposita, administrârit; statuimus & ob hanc rationem divisionem prædictam rescindi non posse: siquidem divisio † est contractus innominatus, ut refert Bartol. *in l. divisionis, ff. de pact.* & Bald. *in rubr. C. de rer. permut. vers. quid in divisione.* Alexand. *in l. jurisgentium, in princ. col. ult. ff. de pact.* ac proinde cùm † non ex una solùm, sed utraque etiam parte impleta illa divisio fuerit, per pœnitentiam revocari amplius non poterit. *argumento l. 1. ff. de rer. permutat. l. ex placito, C. eod. l. si pecuniam, ff. de condict. ob turp. caus. Bald. in l. si pro ea. quæst. 11. C. mandat. & in l. sive apud acta, col. 2. versic. sed contra oppono, C. de transact.* atque hoc consulendo secutus est Tiber. Decian. *in resp. 39. n. 103. vol. 2.*

Preterea pro confirmatione hujus nostræ sententiæ hoc quoq; cumprimis facit, quòd memorata divisio non simpliciter, sed ex utriusq; partis placito sortitò facta est: cujusmodi divisio † in jure nostro vim magnam habet, quemadmodum vel ex eo potest intelligi, quòd Bald. *in l. ult. in princ. C. commun. de legat.* inter cætera scribit, à sententia sortis seu fortunæ appellari non posse, ut quando fiat aliqua divisio judicio sortis, Baldum sequitur Bertach. *in repertor. part. 1. verb. appellatio à sententia per sortes.* Jas. *in l. hujusmodi, §. ult. col. fin. ff. de legat. 1.* ubi dicit hoc singulare esse, ac perpetua memoria dignum. Idem sentiunt Roman. *in l. sed cum ambo, ff. de judic.* Hip. de Marsil. *in l. 1. n. 140. C. de rapt. virgin.* & Dec. *in c. licet causam, col. penult. vers. & de sorte, de probat.* Marant. *in tract. de ordin. judic. part. 6. num. 246.* Et pro eadem hac sententia consuluit Corn. *in cons. 143. circa finem, vol. 4.* prout refert Tiraquell. *de jur. primigen. quæst. 17. nu. 95.* faciunt adducta per Bertachinum *in reper. part. 1. verb. divisio, nu. 70. vers. divisio debet fieri, & vers. divisio quandoq; fit sorte.* Imò nec restitutionem in integrum adversus judicium sortis peti posse, tradit Maranta *in d. part. 6. num. 247.* subjungens ita tenere Baldum *in l. ait Prætor, §. ult. ff. de minor. 25. ann.* id quod deinceps in quæstione ultima fusius explicabitur.

Et certè antiquitus quoq; magnam sortis habitam fuisse rationem vel inde patet, quòd in eo Reipubl. statu, qui penes populum erat, tam magistratus, quàm judices, teste Plutarcho *in reg. apophtheg.* ut plurimùm sorte creati fuerunt, sicut & lex curiata vetabat provinciam extra sortem cuipiam cedere. Et Cato Uticensis, cùm in convivio quodam partes unà cum amicis præsentibus sortitus esset, nec sors ipsi favisset, quāvis amici eum, postposita sorte, primum omnium capere vellent; idipsum tamen detrectasse fertur, quòd invita Venere (quippe cujus jactus in sortiendo felix erat) sibi illud non liceret: Tam natura hic justus erat, ut præter sortem amicorū favore uti noluerit.

Et hoc à sacris literis usq; adeò non abhorret, ut potius apprimè iis conveniat. Siquidem *Num. cap. 34. vers. 13.* proditum legimus terram Canaan inter tribus Israeliticas ex Dei præcepto sortibus distributam esse. Sed & Apostolis sortis usum familiarem fuisse, liquet ex eo, quòd in Actis Apostolorum *cap. 1. vers. 25. & seq.* inter alia scribitur: Cecidit sors super Matthiam. Unde etiam Augustinus inquit: Sortem in dubitatione humana divinam indicare voluntatem.

Quòd verò etiamnum hodie per sortem, utraque parte consentiente, non solùm controversiæ incidentes dirimi, sed ipsa hereditas quoque inter conjunctissimos dividi possit, præter alios tradunt Bald. *in l. meminimus, C. quando & quib. quart. pars deb.* Felin. *in c. licet, nu. 44.* & *ibidem* Abb. *col. 14. vers. tertia opinio, de probat.* Jas. *in l. 1. num. 39. ff. si cert. pet. & in §. sequens, num. 62. Inst. de action.* Et communiori calculo hanc sententiam probatam esse, refert Tiraquellus *de primogen. quæst. 60. per d. l. ult. C. commun. de legat.* suffragantur Francisc. Vivi. *lib. 2. commun. opin. vers. fratrum divisio, num. 1.* Eman. Soarez *in litera D. num. 91.* Andr. Geil. *pract. observ. lib. 2. obser. 116. num. 12. vers. licet de jure communi.* Mynsing. *cent. 4. obser. 37. in princip.* Idem tenent Schneidw. *in §. optionis legatum, num. 5.* & *ibidem* Mynsing. *n. 6. Inst. de lega.* Wesembec. *in parat. ff. orum famil. erciscun. n. 6. in fin.* ubi ait, tutius esse hoc casu rem sorti committere.

Neq; ullum est dubium, quin sortitio hujusmodi in præsenti casu eò validior sit ac firmior, quoniam ab ipsis arbitris quoq; cōmuni utriusq; partis consensu electis comprobata fuit; siquidem vulgatum est illud, quòd † arbitria ipsorum non modicam authoritatem habeant, veluti videre est ex iis quæ tradit Bartol. *in l. 1. in fine. C. ut quæ desi. advoc. in l. si societatem, §. arbitrorum, ff. pro soc. & in cap. Quintavallis, de jurejur.* Quò referri etiam possunt ea, quæ refert Mynsing. *in obser. 68. cent. 4.*

Cùm igitur ex prædictis liquidò appareat, uxorem Nobilis A. nō modò in memoratam divisionem apertè consensisse, sed eam ipsis arbitris quoq; placuisse, adeoq; tam divino quàm humano juri consentaneam esse, non videmus, quo juris fundamento illa in præsenti rescindi aut possit, aut debeat; maximè cùm rationes superius pro adversa parte allatæ ejus momenti nō sint, ut hanc nostram decisionem infirmare, nedum solidè diluere queant, id quod similiter ordine ostendemus.

Primùm ergo negamus divisionem, de qua hic agitur, contra leges factam esse, quia nec

inæqualitas, quam fœmina ista prætendit, nec sortitio in præsenti facta legibus adversatur.

Etsi enim inæqualitas aliqua subesset (ita posito, at non concesso) hoc tamen casu legibus illam contrariam esse non dicemus ob dubium atque incertum sortis eventum: nam sors, quæ fœminæ hic obvenir, eadem literato B. obtingere potuisset. Itaque cùm fortuiti casus par in utramque partem fuerit ratio, non est quòd fœmina de inæqualitate aliqua conqueratur.

Siquidem juris est non incogniti, inæqualitatem
25 tatem † perinde ut læsionem, si qua ex causa obvenit, in consideratione habendam non esse, *l. si pater, C de inoffic. testam. l. de fideicommisso, C. de transact. l. cum proponas, C. de pact. Doctores in l. 2. C. de rescind. vendit. & in l. si ea lege, C. de usur. Cravet. cons. 142. num. 8. & Tib. Decian. resp. 123. num. 91. vol. 3.*

Neq; etiam sortitio adversus leges facta est,
26 cùm † nusquam in jure proditum sit, quòd hereditas sorte dividi non debeat. Hoc quidem facilè largimur, divisionem hujusmodi regulariter officio & arbitrio judicis committendam esse, teste Menochio *in lib. 2. de arbitrar. judic. cent. 2. cas. 123.* Sed inde non sequitur, eam, si partes velint, sortitò fieri non posse, cùm contrarium paulò ante, & ex divino & humano jure demonstratum sit.

Quin in ipsius quoque judicis arbitrio est, postea quam divisionem ex officio jam fecit, nihilominus electionem sorti committere, ut refert Fichardus *in consil. latin. 12. num. 24. & seq.* dicens, Bartolum *in l. 2. C. quand. & quibus quart. pars deb.* ita sensisse. Et judex certè suspicionem aut invidiam, si quam ex divisione ab se facta reformidat, commodè hoc modo evitabit, siquidem divisionis exitum à se in fortunam rejicit.

Quod porrò de læsione objectum est, ex eo similiter decisio nostra infringi non potest, cùm
27 juris sit explorati, quòd † læsus quis videri non possit, nisi læsionem doceat. In dubio quippe læsio nunquam præsumitur, *per l. circumscripta, ff. de solut.* ubi mulier, dicens se deceptam esse in æstimatione rerum dotalitium, deceptionem probare jubetur. Idem notat glos. *in l. si res, §. mulier, ff. de jur. dot.* Atq; ita consuluerunt Gozadin. *in cons. 44. num 8.* Cephal. *cons. 3. in fine.* Port. *consil. 169. num. 6.* Alexand. *cons. 92. num. 28. vol. 6.* Roland. à Valle *cons. 10. nu. 9. & cons. 28. nu. 27. vol. 4.* Ruin. *cons. 129. n. 39. vol. 1.* Natta *cons. 650. nu. 8. vol. 4.* Paris. *cons. 96. n. 67. vol. 1.*

Quàm difficilis autem probatio læsionis hoc casu futura sit, vel inde colligi potest, quòd nec ætatem minorem, nec dolum adversarii prętexe-
28 re potest, quod tamen † in probanda læsione omninò opus est *per l. verum, §. sciendum, ubi gl. ad verb. probentur. ff. de minoribus.*

Præterea divisioni isti interfuerunt quatuor arbitri, viri graves, & tam usu rerum, quàm virtute præstantes, qui extra omne dubium singularũ hereditatis partium ęstimationem accuratè pensitarunt, atq; in id unicè incubuerunt, ut una pars tantundem capere posset, quantum altera, cùm utriq; ex æquo illos favisse appareat.

Jam verò de jure ita comparatum est, ut † non 29
facilè quis læsus dicatur in tali actu, qui coram propinquis aliisvè viris bonis est celebratus: cùm horum præsentia deceptionem omnem excludat, ut notant Bartol. itemq; Bald. *in l. transactionem, 35. C. de transact.* Alexand. *in l. si cum dotem, §. eo autem tempore, ff. solut matrim.* Tiraquel. *in l. si unquam, ad verb. susceperit liberos, nu. 297. C. de revoc. donat.* Alciat. *de præsumpt. reg. 1. præsumpt. 21. n. 1.* Angel. *in §. quadrupli, n. 11.* & ibidem Jas. *nu. 63. Instit. de action.*

Huc accedit, quòd memorati arbitri prius quàm ad sortem res deveniret, designationem divisionis ab se factæ utriq; parti exhibuerunt ea mente, ut heredes ipsi semel atq; iterum expenderent, num quid in ea desiderari posset: Ubi certè verisimile est, prædictam fœminam consilio sui mariti, quem & ipsum virum prudentem ac egregiè peritum esse cognovimus, usam fuisse, atq; æstimationem utriusq; portionis divisæ benè pensitasse, ut jam nulli alii, quàm sibi ipsi imputare debeat, quod re benè cum marito deliberata, postera die divisionem ab arbitris consignatam non improbavit.

Siquidem ad validitatem hujus divisionis sufficit habuisse illius notitiam, nec contradixisse, sed in ea acquievisse, *Imol. in d. c. Quintavallis, nu. 46. de jurejur. per c. scienter, de reg. jur. in 6. Cravet. cons. 114. n. 12. & cons. 192. n. 1.*

Cùm igitur ex his quæ modò dicta sunt, facilè præsumi possit, fœminã non esse læsam, nullo pacto ad læsionem probandam admitti poterit, ob
regulam illam, quę habet, † ad probandam læsionem eum admittendum non esse, contra quem 30
præsumptio juris militet. *Jo. Andr. in c. 1. in fin. de pact. in 6. Alciat. de præsumpt. in pr. part. 2. n. 24. in fine, atq; ita respondit Ruin. in cons. 35. nu. 37. & seq. vol. 1. & Alex. in cons. 240. n. 10. vol. 6.*

Nec fœminæ qualitas sexus quicquam patro-
cinari hic potest, quoniam † jus commune non 31
nisi in casibus expressis mulieri prę maribus opitulatur, *l. ult. C. de jur. & fact. igno.* maximè in contractibus, ubi maribus adæquantur, ut scribit Bald *in l. etsi à muliere, C. de institor. act.* idem notat Wesemb. *in cons. 25. n. 16.*

Cæterùm quæ de seductione in contrarium allata sunt, quasi fœmina aliorum persuasionibus ad divisionẽ hujusmodi ineundam inducta fuisset, ea intentioni adversæ partis parum adjumenti adferent: cùm præsumi ejusmodi seductio non possit, præsertim hoc casu, ubi non modò sorti res utrinq; commissa fuit, sed ipsa fœmina quoq; suum consensum de admittenda divisione ab arbitris facta interpositum ex intervallo iteravit, adeoq; re ipsa perfecit, ita ut nunc, cùm res non amplius sit integra, revocari iste consensus nequeat, argumento eorum, quæ tradit Mascard. *in concl. 1080. n. 10.* ubi ait, præter cæteros ita respondisse Barbat. *in cons. 17. vol. 2.* & hoc ipsum paulò superius *sub §. siquidem divisio, &c.* aliquantò plenius ex jure deductum est.

Simili planè modo pro fœmina ista facere non potest, quod de excusatione ipsius præsentiæ & taciturnitatis in contrarium est adductum. Nam & leges & interpretes, qui ex sola præsentia & taciturnitate consensum induci negant, loquun-

loquuntur de iis qui præ metu quantumvis reverentiali tacent, ubi aliàs conventioni contradixissent, vel protestati fuissent: ex hujusmodi taciturnitate consensum & remissionem juris colligi non posse ajunt, eo potissimum casu, quando de magno tacentis præjudicio agitur, veluti videre est ex iis quæ tradit Mynsing. *in d. resp. 2. n. 34.*

Atqui secus est in nostro casu: neque enim metus ullus fœminæ prædictæ fuit injectus, nec tantùm ipsius præjudicium hîc versatur, quippe cùm non sit verisimile ipsius maritum virum alioqui prudentem, & aliis hominibus regendis idoneum, præjudicium tale, si quod in divisione latitasset, non animadvertisse.

32 Itaque adhuc locus erit illi regulæ, quæ † præsentem eundemque tacentem pro consentiente habet, *l. si servus communis, §. 1 ff. de donat. int. vir. & uxor. Bart. in l. in adoptionibus, circa fin ff. de adopt. Mynsing. d. resp. 2. num. 31.* Cui regulæ tantò magis insistendum est, quia complures Doctores contrarium sentiunt, videlicet metum reverentialem non impedire consensum resultantem ex præsentia & taciturnitate. Ita sentiunt Panorm. *in c. nonne, de præsumpt.* Alexand. itemq; Jas. *in l. quæ dotis, ff. solut. matr. in l. interpositas, C. de transactionib. per text. expressum in c. 1. de desponsat. impub. in 6.* ubi filius tacens videtur consentire, non obstante metu reverentiali. Nec obstare dicunt *l. 1. §. quæ onerandæ, ff. quar. rer. act. non det.* quòd loquatur iste textus de eo casu, ubi ultra metum reverentialem minæ & verbera intervenerunt, *secundum glos. ibid. & Bart. in l. ad invidiam, C. quod met. caus. Abb. in c. cum contingat, in 1. notab. de jurejur.*

Quod verò ad illam objectionem attinet, qua dictum est, maritum sua subscriptione & sigillo invitæ uxori præjudicare non posse: Respondemus ex præmissis luculenter apparere, ipsius uxorem invitam non fuisse, sed penitus in divisionem prædicto modo factam consensisse, adeoq; in illa acquieturam sese in præsentia arbitrorum promisisse. Unde meritò mariti subscriptio sigillumq; ipsa præsente appensum eam ligabit, argumento eorum, quæ scribit Alexand. *cons. 109. col. pen. vol. 4.*

Neq; etiam putandum est in jure hoc esse universale, quòd consensus mulieris marito in conventione adhibitus, ipsam tamen mulierem non obstringat, quin contravenire possit, quemadmodum posteriori loco est objectum, cùm jura pro assertione hac allegata loquantur saltem de fundo dotali, quem ne consentiente quidem uxore vir alienare potest, ne privato ipsius assensu utilitas juris publici, quod mulieribus, teste Pomponio *in l. 1 ff. solut. matrim.* res dotales vult esse salvas, imminuatur, *l. 1. & l. illud convenire, 5. ff. de pact. dotal.*

Unde liquet speciale hoc esse favore dotis, ac proinde ad casum præsentem accommodari non posse.

33 Certissimi quippe juris est, quòd † ea quæ certis personis singulariter & in privilegium concessa sunt, ad exemplum trahi non debeant, *l. 1. in fi. ff. de const. Princ. l. in omnibus. 68. ff. de reg. jur. l. 2. C. de legib. c. ult. §. item Hieronymus, 25. q. 1. c. privilegium, 7. & c. quod alicui, 74. de reg. jur. in 6. Bar. in l. etiam, ff. de jurejur. per l. si ex pluribus, ff. de admin. tutor. l. non solum, §. si puellæ. ff. de rit. nupt. & l. cerdonem, ff. de oper. lib. Imol. in l. ex facto, §. si quis rogatus, col. 1. ff. ad SC. Trebell. Jas. in l. beneficia, nu. 10. ff. de constit. Princip. Tiraquell. in retract. lignag. §. 26. gl. 1. n. 50. Dec. cons. 529. n. 6. vers. secundò indubitanter. Tib. Dec. resp. 24. n. 19. vol. 2.*

Cùm igitur fundamenta partis adversæ prorsus infirma sint, & hactenus tam ex jure, quàm juris rationibus, adeoq; saniorum interpretum authoritate sufficienter refutata, denuò concludimus divisionem sortitò factam ac completam ab uxore Nobilis A. neutiquam retractari posse.

SECUNDÆ QUÆSTIONIS DECISIO.

IN altera quæstione hîc nobis proposita inquirendum est: Utrum læsus in divisione sortitò facta rescissionem istius divisionis de jure petere possit? Respondemus rescissionem peti ab ipso non posse, quòd † læsio hoc casu non proveniat ex sui facilitate (ut loquitur Gomez. *in suis resolut. de contract. cap. 14. num. 4. versic. nonò infertur*) sed ex judicio sortis & fortunæ, quæ in hoc mundo, ut vulgò dictitant, superiorem non habet. Hinc Baldus *in l. ait Prætor, § ult. ff. de minor.* scribit, hoc casu quo res sorte dijudicata est, nec minori restitutionem in integrum dari, propterea quòd usus sit jure communi, & contra adversam fortunam restitutio non detur, quod ipsum quoque tradit *in l. verum, §. sciendum, ff. eod.* Eandem hanc sententiam tutatur Gomezius *in loco suprà allegato*, & hunc secutus Ar. Pinel. *ad l. 2. C. de rescind. vendit. part. 2. cap. 1. num. 6.* Item Maranta *de ordin. judic. part. 6 n. 247.* 34

Atque ad defensionem illius apprimè facit textus expressus *in l. de fideicommisso, 11. C. de transactio.* ubi auxilium restitutionis in integrum denegatur ei, qui ex eventu incerto damnum fecit. Neque enim læsus dici potest is, qui volens rem committit eventui, ex quo tam lucrum quàm damnum consequi potest, *per l. si pater, 12. C de inoffic. testam.*

Ac quamvis Baldus sibi in hoc non constet, sed *in l. majoribus, num. 3. C. commun. utriusq. judic. & in consil. 72. in 2. dubio. vol. 2.* diversum statuat, nimirum divisioni hujusmodi standum non esse, si alter ultra dimidium deceptus sit. Idq; complures alii sequantur, veluti Jas. *in l. si duobus, num. 10. C commun. de legat.* Decius *in c. licet causam, num. 28. de probat.* Hip. de Marsil. *in d. l. 1. num. 141. C. de rapt. virgin.* Corneus *d. consil. 143. ad fin. vol. 4.* Item Tiraquell. *de jur. primigen. d. quæst. 17. num. 97. & seq.* verior tamen nobis videtur sententia contraria, tum quia lege expressa, eaque clara, ut modò dictum, nititur, quo casu ulterius dubitare non convenit, ut inquit Baldus *in l. Gallus, §. si ejus*, & ibidem Alexand. *in 2. not. ff. de liber. & posthum.* tum verò quòd in quavis conventione hoc regulare est, ut, si ex ea uterq; contrahentium damnum & lucrum consequi possit, licet postea ex eventu alter damnum passus sit, per hoc tamen læsus non dicatur, etiamsi minor foret; quòd hujusmodi damnum compensari oporteat cum utilitate, quam ipse consequi poterat, si eventus aliter cecidisset,

teste eodem Baldo *in l. ait Prætor, §. planè, ff. de minor. & in l. cum Archimedoram, nu. 3. C. ut in possess. legat. & in cons. 404. col. 1. vers. secundus casus, vol. 3.* Bertachin. *in repert part. 1. verb. divisio, num. 70. vers. divisio si fiat sorte.* Et hanc sententiam veram credit Sichard. *in d. l. majoribus, n. 2.* Eamq; consulendo secuti sunt Paul. de Castro *in cons. 379. in 2. dubio, vol 1. & in cons. 191. col. ult. vers. nec censetur, vol. 2.* Cuma. *cons. 72. col. ult. vers. nec porrò intelligo.* Curt. sen. *cons. ult. col. 3.* Cravet. *cons. 142. nu. 8.* Tib. Decian. *resp. 39. n. 112. vol. 2.*

35 Atq; hinc est, quòd † remissio incerti eventus impedit remedium *l. 2. C. de resc. vendit.* quemadmodum notat Paul. de Castro *in cons. 229. col. 2. vers. tertiò quia prima concessio, & in cons. 250. col. 2. vol* 1. ubi ait, idem tenuisse Baldum.

Quod si ergò minor adversus divisionem sorte factam restitui non potest, quantò minus in præsenti, restitui poterit uxor Nobilis A. quippe quæ non solùm ætatem minorem est egressa, sed re benè etiam cum marito deliberata in sortem consensit, atque hunc suum consensum aliquoties ex intervallo, & quidem diversis factis iteravit; cujusmodi iteratio læsionem omnem purgat: siquidem Doctores communiter in eo con-
36 sentiūt, quòd † læsio allegari nequeat, in actibus reiteratis, in quibus cesset remedium *l. 2. C. de rescind. vendit.* Ita scribunt Paulus *in cons. 386. col. 2. ad fi. vol. 2.* Alexand. *cons. 133. col. 3. & cons. 147. vol. 5.* Dec. *in cons. 181. col. 3. & cons. 216. col. ult. vers. & præsertim ista conclusio.* Item Cravet. *cons. 14. n. 18.*

Planè quod A. binas illas hereditatis portiones, prout ab arbitris divisæ ac consignatæ fuerāt tanquā æquales admisit, ex eo haud obscurè colligi potest, ut maximè largiremur divisionē sortitò factam rescindi de jure posse, si dimidium justi precii excesserit: hoc tamen casu læsionem ejusmodi doceri non posse, quia verisimile non est, tam peritos arbitros portiones tanto intervallo inæquales constituisse, aut maritum tantam inęqualitatē rebus omnibus tam diligenter pensitatis non animadvertisse.

Ut ita dubium nobis sit nullum, læsionem, si quæ in præsenti evenit, tantam non esse, ut resti-
37 tutionem mereatur. Siquidem † ob modicam læsionem jura restitutionem nō indulgent, præsertim inter personas divites, ut notat Salic. *in l. 1. n. 4. C. si advers. vendit.*

Decanus & ceteri Doctores facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi consignabant mense Aprili, Anno Christi 1593.

Consilium XXXIII.

Quod est

HERMANNI VULTEJI JC.
nomine facultatis Juridicæ Marpurgensis conscriptum.

SUMMARIA.

1 *Verba contractus substantiam & qualitatem arguunt.*
2 *Contractus nomen ipsum demonstrat.*
3 *Contrahentes in dubio voluisse videntur, quod verba volunt.*
4 *A nominatione & verbis contractus recedendum non est.*
5 *Fidelitas est de substantia feudi.*
6 *Fidelitatis juramentum remitti potest, non ipsa fidelitas.*
7 *Contractus talis est, qualē ostendunt ejus clausula.*
8 *Fœminæ non sunt feudorum capaces, & 10.*
9 *Fœminæ jure civili æquè succedunt ac masculi.*
11 *Fœminarum a feudis excludendarum ratio.*
12 *Masculi ex fœmina descendentes feudorum non sunt capaces.*
13 *Extranei, id est, à primo acquirente non descendentes feudorum non sunt capaces.*
14 *Conjuges in feudis sibi invicem non succedunt.*
15 *Regulæ vis & effectus.*
16 *Fœminarum & ab iis descendentium exclusioni standum est, quoad aliud doceatur.*
17 *Masculi in successione feudali intentionem habent fundatam contra fœminas.*
18 *Feudum masculinum esse præsumitur.*
19 *Masculinum in feudis sub se non comprehendit fœmininum.*
20 *Fœminæ ut succedant in feudis oportet ut specialiter sint vocatæ, & n. 25.*
21 *Fœmina & ex ea descendentes ne in eo quidem feudo, quod pro se & heredibus suis concessum est, succedunt.*
22 *Heredis appellatione in materia feudali intelliguntur masculi & ex ipsis descendentes mares.*
23 *Fœminæ & ex illis descendentes non admittuntur in feudis acceptis pro se, & omnibus seu quibuscunq; heredibus.*
24 *Verba pro materia subjecta tametsi generalia sunt restringenda.*
26 *Fœminæ nō succedunt in feudis, pro quibus præstatur juramentum fidelitatis.*
27 *Nemo præsumitur jactare suum.*
28 *Feuda censentur dari sanguini seu familiæ primi acquirentis.*
29 *Contractus quilibet censetur esse initus secundum naturam quam habet ex jure.*
30 *Consuetudo facti est.*
31 *Facta non præsumuntur.*
32 *Facta sunt probanda.*
33 *Consuetudo probanda est.*
34 *Consuetudo est difficilis probationis,*
35 *Consuetudinis probandæ requisita remissivè, & n. 63.*
36 *Consuetudinē oportet legitimo tempore esse præscriptam, & n. 64.*
37 *Consuetudinis contra jus præscribendæ legitimū est quadraginta annorum, declaratur n. 65.*
38 *Consuetudo non probatur ex populi actibus difformibus.*
39 *Confessio est loco probationis.*
40 *In omni contractu spectandū est, quid actum sit.*
41 *In contractu investituræ spectandum est, quid actum sit.*
42 *Investituræ tenor legem & naturam feudo tribuit.*
43 *Verba investituræ non sunt facile restringenda.*
44 *Qualitas rei dat formam.*
45 *Successio in feudis simpliciter & absolutè hereditariis eadem est cum successione in bonis allodialibus.*

46 Suc-

46 *Successio in feudis acceptis pro se & quibuscunque heredibus eadem est cum successione in bonis allodialibus.*
47 *Feudum concessum pro se & heredibus quibuscunq; transit in heredes etiam extraneos.*
48 *Conjugum successio est inter se deficiente parentela, & n.71.*
46 *Feudum sine domini & agnatorum consensu alienabile, est etiam in heredes extraneos transmissibile.*
50 *Feuda alienabilia redacta sunt ad instar allodialium.*
51 *Feudum datum cum licentia alienandi alienari potest etiam non consultis illis, quorum interest.*
52 *Interpretatio facienda contra eum, in cujus erat potestate cōtractui legem dicere apertius.*
53 *Beneficia latè sunt interpretanda.*
54 *Feudales consuetudines juris communis derogatoriæ sunt odiosæ.*
55 *Res qualibet facilè ad primævam suam naturam reducitur.*
56 *Interpretatio in dubio facienda est benignior.*
57 *Æquitas in omnibus, & cumprimis etiam in feudis servanda est.*
58 *Feuda stricti juris sunt, quod ibidem declaratur.*
59 *Investituræ interpretationem recipiunt ex consuetudine & observantia.*
60 *Feudorum natura à consuetudine dependet.*
61 *Consuetudo feudi ex ejus loci, ubi res feudalis est sita, consuetudine æstimanda est.*
62 *Consuetudo pro lege observatur.*
66 *Longum tempus est decem annorum.*
67 *Consuetudinis præscriptio etiam sine titulo & bona fide procedit.*
68 *Actuum frequētia in consuetudine requiritur.*
69 *Actus duo ad probandam consuetudinem sufficiunt.*
70 ***Consensus populi tacitus colligitur ex actuum frequentia.***
72 ***Consuetudo etiam irrationabilis in feudis procedit.***
73 ***Quod semel placuit amplius displicere non debet, nec debet quis facto suo aut suorum antecessorum convenire.***
74 ***Dignitas semper est eadem.***
75 ***Consuetudo introduci potest etiam superiore ignorante.***

ES haben von weylandt Graffen N. etliche der Statt M. eingesessene Bürger namhaffte Güter / an Ländrey / Wiesen / Kämpffen vnnd dergleichen / vor gedachter Statt M. gelegen / anfänglich vmb einen jährlichen Pfacht eingehabt / vnnd als solcher Güter halben bey Regierung wolermeltes Graffen zwischen jhrer Gnaden an einem / so dann angeregter Güter einhabern am andern theyl jrrung fürgefallen / seind dieselbige jrrunge vnd gebrechen damals / vnnd sonderlich im Jahr 1481. am Freytag vor Palmen / nach laut vnnd jnnhalt darüber auffgerichten Instruments verglichen / vnnd die einhaber der Güter / so wol Weibs als Manns-personen / damit zu beständiger Meyerstat widerumb versehen worden.

Nach dieser nechstberührter massen beschehener bemeyerung ist es allzeit auff zutragende fälle also vblich gehalten worden / weñ eines von den Eheleuten verstorben / vnd das vberlebende sich anderwerts Ehelichen bestattet / daß derselbig / welcher sich mit dem vberlebenden Ehelich eingelassen / solche Meyerstat gegē eine Marck Weinkauffs von einer gantzen Huben / neben außrichtung Järlichen schuldigen Pfachts wider winnen vnd annemen mögen / dabey dann kein vnterschied / masculini oder fœminini sexus gehalten / sondern es seind die Weibsbilder so wol als die Mannspersonen / ohnangesehen ob sie gleich desselbigen Geschlechts / welcher es erstlich empfangen / nicht gewesen / zu der succession vnnd Erbfolge in berührten Gütern verstattet vnd zugelassen.

Als nun solche Meyergerechtigkeit etliche viel Jar gewehret / ist folgends in anno 1560. bey regierung Graff O. zwischen jhren Gnaden an einem / vñ den einhabern der Güter am andern Theyl dahin geschlossen vnnd verabscheidet / daß von jhrer Gnaden vnnd dero Erbē gedachte einhaber die Hoffgüter zu Pfachterblehen besitzen / haben vnd behalten / vnd dargegen an statt berührter Marck Weinkauffs in zeit der belehnung von einer gantzen Huben einen Reichsthaler / vnd dabeneben die von alters hero gewohnliche Pfacht an das Hauß M. verrichten solten.

Es ist aber in den fällen successionis oder erblicher devolution angeregter Lehengüter halben niemals anders / als mit andern freyen durchschlechtigē Erbgütern zu M. gebreuchlich / gehalten worden / vnnd ist beweißlich / daß solche Güter von dem Mann auff die Fraw / vñ hinwider von der Frawen auff den Mann / nach dem sich die fälle zugetragen / vnnd also von einem Geschleecht auff das ander erblich devolvirt worden / vnnd alsdann erstlich dem Lehenherrn heimgefallen / wenn das letztlebende ohn Blutsverwandten todes verfahren / in massen dann viel vnterschiedene actus vnnd exempla angezogen werden können / welche sich mit wolgedachter Herrn Graffen gutem wissen vnd willen begeben haben.

Nun läßt sich aber Graff P. jetzo regierender Herr / beduncken / es vmb diese Güter vnnd dero belehnung also vnnd dermassen beschaffen sein / daß deroselbigen Güter einhaber solche zu Mannlehen zu empfangen schuldig sein / oder aber je zum wenigsten der punctus successionis zu restringiren seye / daß obangeregte Lehengüter in primi acquirentis familia, von den Eltern auff die Kinder / von

Verwandten auff Verwandte / sine sexus
discrimine vererben / wenn aber à primo ac-
quirente niemandts mehr vorhanden / unnd
also dessen familia unnd posteri außgestorben /
daß alsdann diese Lehengüter jhren Gnaden
und dero Erben widerumb heimfallen sollen.

Unnd ist dem allem nach die Frag / Ob die
Einhaber derselbigen Lehengüter solche zu
Mannlehen zu empfangen / oder aber / daß es
mit der succession vom Herrn Graffen an-
gegebener massen gehalten werde / geschehen
zu lassen schuldig seyen.

RESPONSUM.

EX facti specie nobis proposita id pri-
mùm omnium animadvertimus con-
tractum de bonis quæstionis inter Do-
minum Comitem O. ex una, & Civita-
tem M. ex altera partibus novissimè initum feu-
dalem esse. Est enim illud manifestum ex privile-
gio dato istorum bonorum possessoribus à Co-
mite O. Montags nach omnium Sanctorum, in
quo expressè disponitur, daß nun hinfort die Hö-
fener binnen M. die Hoffgüter zu Erblehen / und
nicht Meyerstettischer weise besitzen sollen / ex cujus-
1 modi † verbis contractum quis & qualis sit ini-
tus dignosci tradunt Bartol. *in l. Cotem, §. qui ma-
ximos, q. 5. ff. de publican.* Castrens. *in l. Aristo. n. 4.
ff. de donat.* Alexand. *cons. 3. nu. 1. vol. 1.* Grat. *consil.
107. num. 7. vol. 1.* Cravet. *cons. 20. num. 4. & 13.* quo-
2 niam † mens ac propositum contrahentium in
re dubia melius ac luculentius non elucescit,
quàm ex nomine, quod ipsimet contractui ex-
pressim indiderunt, *Ripa in l. 2. n. 30. & ibid. Alcia.
n. 24. & Purpurat. nu. 51. ff. de reb. cred. si cert. petat.
Tiraq. de retract. consanguin. §. 30. gl. 1. nu. 2. & seq.
Cephal. cons. 117. n. 9. & seq. & cons. 178. nu. 13. & seq.
& communiter ita teneri testatur Soarez in thesaur.
comm. opin. in ver. contractus, n. 303. & seq. Villalob.
lit. C. n. 192. Cacher. decis. Pedemon. 139. n. 23. & 24.
3 Rimin jun. cons. 77. n. 6. vol. 1.* & † contrahentes in
dubio voluisse censentur, quod verba important,
l. nepos Paulo, ff. de verb. signif. nec contrahentium
voluntas à verbis aliena esse præsumitur, *l. Labeo,
§. idem Labeo ff. de supellect. leg. Decian. cons. 2. nu.
63. vol. 1.*

4 Hinc est † quòd dicitur à nominatione & ver-
bis contractus recedendum non esse, *l. si quis sti-
pulatus sit. l. ita stipulatus, §. Chrysogonus, ff. de verb.
obl. l. fidejussores magistratuum, ff. de fidejussor. l. si. C.
comm. utriusq; jud.* quam regulam esse tritam di-
cit Cephal. *cons. 543. num. 4.* sed præcisè potius ex
verbis ejus contractum judicandum, per ea quæ
docet Ripa *in tract. de peste, part. 2. vers. sextus ca-
sus, nu. 31. & 32.* nec quærendam esse aliam decla-
rationem, sed sumendam eam cõtractus speciem
quam verba demonstrent, respondit Socin. sen.
cons. 19. n. 7. vol. 1.

Quin etiam bona quæstionis à Dominis Co-
mitibus in feudum concessa, & à possessoribus in
feudum teneri arguit ipsis annexa conditio fide-
5 litatis præstandæ, quam esse † de feudi substantia
scribit Decian. *cons. 19. n. 203. vol. 3.* Mozz. *de feud.
substant. n. 1. & de feud. orig. n. 4.* & in fidelitate cõ-
sistere formam feudi specificam, qua contractus
feudalis secernatur à contractibus ceteris docet
Wesem. *de feud. c. 8. n. 19. in fi.* præsertim si præter-
quam quòd fidelitas est præstanda illa etiam ju-
rejurando, prout hoc nostro casu, confirmatur,
ex quo juramento fidelitatis, inferri feudum esse
concessum responderunt Panorm. *cons. 82. col. 3.
vol. 1.* Aretin. *cons. 14. col. 2.* Gozadin. *cons. 9. col. 1. &
cons. 65. nu. 10.* Paris. *cons. 21. nu. 22. vol. 1.* Bero. *cons.
115. n. 8. vol. 1.* Decian. *d. cons. 19. n. 199.* Menoc. *con-
sil. 202. nu. 27.* ideoq; † ut maximè juramentum fi- 6
delitatis remitti, aut sine eo feudum cõstitui pos-
sit, ipsa tamen fidelitas sive fides remitti, aut sine
ea feudum constitui nequeat, *Afflict. decis. Neap.
129. n. 2. Menoch. cons. 1. n. 29. & cons. 65. nu. 45. Zas.
in epit. feud. part. ult. nu. 34. Borcholt in comment.
feud. c. 7. part. 1. n. 37. Mozz. de substant. feud. n. 1. &
20. Cujac. in præfat. comment. feud. in fine.*

His accedit quòd investituræ à Dominis Co-
mitibus super his bonis concessæ easdem omni-
nò habent clausulas, quas investituræ feudales
habere solent, ut † haud immeritò talis hic con- 7
tractus censendus sit, qualem investituræ in suis
clausulis ostendunt, per tradita à Baldo *in præ-
lud. feud. divis. 4. vers. porrò, & in c. 1. §. denique, n. 1.
quæ fuit prim. caus. benef. amittend. & in l. 1. §. sed
& si quis, C. de latin. libert. tollend.* & esse regulam
quòd contractus talis sit judicandus, qualis ex sua
forma & verbis formaliter in instrumento de-
scriptis argui potest, & apparet, dicit Decian. *con-
sil. 30. num. 37. vol. 3.* eamq; tam apud Canonistas,
quàm Legistas receptam testatur Fichard. *consil.
26. n. 1. vol. 1.*

At verò jure feudorum ita receptum est, ut † 8
eorum non nisi mares regulariter sint capaces,
fœminæ autem incapaces, per textus *in c. 1. §. hoc
autem notandum. qui feud. dar. poss. & in c. 1. §. 1. de
success. feud. & in c. 1. de grad. succed. in feu. & in c. 1.
§. 1. de natur. success. feud. & in c. 1. § similiter, de Ca-
pitan. qui cur. vend. & in c. 1. in fin. de feud. march. &
in c. 1. quib. mod. feud. amitt. & in c. 1. quemad. feud.
ad fil. pertin.* quibus iisdem textibus comproba-
tur, ut fœminæ à successione in feudis arceantur,
quod etsi communibus juris civilis regulis con-
trarium sit, quo † non minus succedit fœmina 9
quàm mas, *l. maximum vitium, C. de liber. preterit.
Wesembec. de feud. c. 6. num. 22.* esse † tamen de 10
feudi natura dicit Mozz *de accident. feud. nu. 6. &
de natural. n. 97.* quam originalem vocat Menoc.
consil. 148. num. 2. & generalem appellat Decian.
cons. 24. nu. 1. vol. 1. & pro communi regula ponit
Jul. Clar. *in §. feudum, q. 73. n. 1.* & esse regulam u-
nam generalem ait Sonsbec. *de feud. part. 9. n. 118.
& 121.* & esse regulam juris affirmant Roman.
cons. 367. n. 12. Menoch. *d. cons. 148. n. 1. & 40.* Curt.
jun *de feud. part. 3. num. 1.* Duen. *reg. 309.* Kirchov.
*in thes. commun. opin. lit. F. versic. feudum ad fœmi-
nas,* & in genere regulam hanc esse dicunt Curt.
jun. *consil. 21. nu. 7.* Socin. sen *consil. 77. num. 4.* So-
cin. jun. *consil. 65. num. 2. vol. 1.* Menoch. *consil. 391.
num. 1. & consil. 443. nu. 37.* eamq; esse certam af-
firmat Schneidw. *de feud. part. 6. de success. feud.
ab intest. n. 5.*

Cur autem † hoc casu jure feudali recessum 11
sit à jure communi, etsi glossa *in d. §. hoc autem
notandum,* existimet rationem quæ satisfaciat

reddi

reddi non posse, sed pro ratione esse voluntatem, quam glossam sequi videntur Jul. Clar. *d. quæst. 73.n.1.*& Garzon. *in tract. de fœmin. ad feud. recip. vel non, in princip.* glossam tamen non rectè sentire dicit Joh. Thom. de Marin. *de feud. qualitat. tit. 11. num. 8.* & verò non una, sed plures ejus afferuntur rationes à Baldo *in l. quoties, C. de suis & legit.* Curt. jun. *d. part. 3. in princip. nu. 1.* Zasio *part. 8. num. 36* Sonsbec. *part. 9. num. 120.* & Schneidw. *d. part. 6. nu. 6. & seqq.* de quibus Menoch. *consil. 65. num. 20. & seq.* duas præcipuas secutus est, unamq; illam, quod feuda regulatiter ob servitia militaria dentur, ad quæ fœminæ idoneæ non sint, amplectitur Hartm. Pistor. *lib. 2. quæst. 34. n. 1.* & novissimè Wesemb. *d. cap. 6. n. 22.*

12 Atq; hæc adeò sunt vera, ut † ne mares quidem ex fœmina descendentes ad feudi successionem admittantur, per textum *in c. 1. de success. fratr. & in d. § hoc autem notandum*, & tradita post alios à Schneidw. *d. loc. n. 16. & 17.* Mozz. *de substant. feud. nu. 80.* & Menoch. *consil. 443. nu. 81.* cujus axiomatis feudalis rationes ad longum post alios recensent Joh. Thom. de Marin. *d. tit. 11. n. 8. & seqq.* Menoch. *consil. 400. n. 34. & seqq.* Pistor. *d. qu. 34. n. 5. 6. & 7.*

13 Multò igitur minus † in feudo alicui concesso jus habent succedendi extranei ei, qui feudum primus acquisivit, *per text. in d. §. hoc autem notandum, & c. 1. de success. fratr. Bursat. consil.*
14 *129. num. 27. vol. 2.* & in specie, quòd † successio in feudo inter conjuges jure feudali reprobata sit, probant per textus *in c. 1. an marit. & in c. 1. de investit. quam Tit. accep. a Sempron.* Alvarot. & Dd. *in c. 1. § fin. de investit. de re alien. fact.* Schneidw. *d. part. 6. in fine*, Wesembec. *d. c. 6. num. 21.* Cum enim à feudis removeantur nonnulli etiam ex iis, qui sunt de descendentibus, atque adeò de sanguine primi acquirentis, multò magis removebuntur, qui omninò nulla, aut certè non ea necessitudine acquirentem attingunt, quæ successionem in feudis citra speciale aliquod pactum inducat, argumento sumpto à majori ad minus, quod esse forte frequens & utile docet in suis Topicis legalib. Nicol. Everhar. *A majori.*

Quibus omnibus est consequens, ut Dominus Comes intentionem fundatam habere vi-
15 deatur, cùm † semper regulæ standum sit, *c. ad decimas, de restitut. spoliat. Felin. in c. quoniam frequenter, ut lite non contest.* quoad casus probetur exceptus, Wesembec. *consil. a. num. 11.* Qui enim regula generali nititur, pro illo res dicitur esse certa, *Bartol. in l. quoties, ff. si quis caution. Panormit. in c. ad nostram, & in c. consuluit, el 1. de appellat. Jas. in l. 2. ff. si quis in jus voc. non ier. & in l. dedi, §. 1. num. 4. ff. de condict. caus. dat. Dec. & Cagnol. in l. 1. ff. de regul. jur.* & qui regulam pro se habet, jus certum pro se habere dicitur, ut post alios docent Andr. Gail. *2. observat. pract. 150. num. 3. & de pignorat. observat. 14. num. 2.* Corat. *de communi opin. lib. 2. cap. 9. num. 105.* imò regula idem est quod jus, ut voluit idem Corat. *d. cap. 9. nu. 31.* ideoq; pro eo, utpote intentionem fundatam habente, pronunciandum esse, nisi ex adverso probetur contrarium, ait Bald. *in l. si inter, C. de commun. serv. manumitt. & in c. 1. col. 2. de alienat. judic. mutand. caus. fact. cum similibus, de quibus Signorol. consil. 22. num. 9. Dec. consil. 552. num. 2. & in d. l. 1. num. 6.* & in specie quòd † supradictæ regulæ de fœminarum à feudis exclusione inhærendum sit, quoad fœmina aut masculus à fœmina descendens exceptionem ostendat, tradunt Bartol. *in d. l. 2. num. 1. ff. si quis in jus vocat. non ier.* Dec. *in d. l. 1. num. 7.* Decian. *consil. 58. nu. 2. vol. 2.* Menoch. *d. consil. 391. nu. 1.* atq; † hinc 16 17
mares pro se contra fœminas in puncto successionis feudalis intentionem fundatam habere dicuntur, *Dec. consil. 298. num. 4. & consil. 517. nu. 5. & consil. 139. nu. 2. Socin. jun. d. consil. 65. nu. 23. & consil. 77. nu. 4. & 24. vol. 1. & consil. 68. num. 40. vol. 2.* ideoq; † in dubio contra fœminas, atque ab illis descendentes est præsumptio, quòd 18
feudum masculinum sit, non fœmininum, quod probant Dd. *in c. 1. §. si inter filiam, si de feud. defunct. content. sit, per c. 1. de natur. success. feud. & c. 1. §. fin. quid sit investit.* eamq; ob causam in feudis hoc esse singulare, ut † masculinum non 19
comprehendat fœmininum, docuerunt Alexand. *in l. sed etsi, §. liberos, nu. 5. ff. de in jus vocand. Jas. in l si id quod quis, num. 11. ff. de jurisdict.* Molinæ. *in consuetud. Paris. tit. 1 §. 12. n. 5.* Menoch. *consil. 1. n. 454.*

Etsi verò etiam fœminæ quandoq; ad successionem feudorum contra regulam admittantur, id tamen hoc casu locum non habere videtur, quoniam nec in supradicto privilegio, nec in investituris nominatim & specialiter vocatæ reperiuntur, quod † fieri necesse est, ad hoc, ut vocatæ 20
censeantur, ut probatur omnibus istis textibus, qui de fœminis ad feuda admittendis vel non admittendis loquuntur, idemq; docuerunt Dec. *in l. 2. nu. 56. versic. sed stante, ff. de regul. jur.* Curt. jun. *d. part. 3. nu. 2.* Zas. *part. 8. nu. 38.* Sonsbec *d. part. 9. n. 118.* Hanneton. *2. feud cap 8.* Duaren. *de feud. c. 10. n. 1.* Schneidw. *de feud part. 6. de success. ab intest n. 29.* Wesembec. *de feud. cap. 5. num. 66.* Garzon. *de fœm. ad feud. admittend. vel non, restrict. 1.* Mozz. *de substant. feud. nu. 87. & de his qui feud. dar. poss. n. 34.* Hartm. Pistor. *lib. 2. quæst. 34. n. 42.* & consulendo amplexi sunt Corneus *consil. 16. n. 4. vol 1.* Socin. jun. *consil. 65. n. 23.* Menoch. *d. consil. 1. nu. 453. & consil. 331. n. 23.* Bursat. *consil. 131. n. 26. vol 1.* Decian. *consil. 24. n. 75. vol. 1.* Wesemb. *consil. 74 n. 24.*

Nec obstat, si quis fortè dicat esse hæc feuda hereditaria accepta pro se & heredibus, ad quæ ordine suo servato admittantur etiam fœminæ, quia respondetur, quòd † ne tum quidem fœ- 21
mina aut ex ea nati succedant, cùm feudum alicui generaliter pro se & ipsius heredibus concessum est, *per doctrinam Baldi in c. 1. § donare, qualit. olim feud. alien. poter. Zas. part. 8. n 36. Garzon. restrict. 2. & 36. & ampliat. 2. Mozz. de substant. nu. 82. Pistor. d. quæst. 34. num. 2. Gail. 2. observat. pract. 159. nu. 1. Alexand. consil. 30. nu. 11. vol. 1. Corn. consil. 16. nu. 6. vol. 1. Paris. consil. 4. nu. 4. vol. 1. Grat. consil. 29. n. 41. vol. 2. Gozad. consil. 8. nu. 7. & consil. 26. num. 33. Roland. à Valle consil. 79. in fine, vol. 2. Bursat. consil. 63. nu. 11. vol. 1. Menoch. consil. 391. nu. 3. 4. & 27.* in feudis enim heredis † appellatione 22

pro ratione materiæ ſubjecta maſculi à vaſallo li-
nea maſculina deſcendentes intelliguntur, non
fœminæ, *per c.1. § etſi clientulus, de alienat. feud.
pater. c.1. § ſimiliter, verſic. profectò, de lege Corrad.
Bald. in prælud. feud. n. 25. Menoch. 3. præſumpt. 94.
in fine. Schneidvv. p. 6. nu. 14. & 15. Piſtor. 2. quæſt.
38. n. 34. Mynſing. Centur. 5. obſerv. 72. Zaſ. conſ. 11.
n. 5. & conſil. 13. n. 25. vol. 1. Decian. conſil. 45. nu. 14.*
quam concluſionem veram & communem eſſe
teſtatur Calderin. *conſ. 15.*

Ex qua eadem ratione plurimi interpretes cē-
23 ſuerunt etiam † in feudo conceſſo pro ſe & o-
mnibus vel quibuſcunq; heredibus adhuc ma-
ſculum venire, non etiam fœminam, Bald. *in d. §
donare, nu. 4. & ibid.* Laud. Præpoſit. & Schenc
Baro. Corn. *conſil 199. n. 69. vol. 2.* Rube. Alexan.
conſil. 110. n. 9. Cephal. *conſ. 2. n. 15.* Menoch. *conſ. 1.
n. 456.* Zaſ. *part. 8. n. 62. verſ quid autem ſi feudum,*
Gozadin. *conſ. 9. n. 52. & conſ. 26. nu. 33.* Dec. *conſil.
414. n. 10. & in c. in præſentia, n. 42. verſ. ſed tamen
contrarium, deprobat.* eamq; ſententiam verio-
rem aſſerit Decius *jam citato loco, nu. 48. verſ. iſta
opinio, & conſ. 185. verſ. ſecundò reſpondetur, & con-
ſil. 208. verſ tertiò veriorem & magis receptam.*

Verba enim iſta cum generalia ſint & verifi-
24 cari poſſint in maſculo ex ſubjecta materia ad †
perſonas habiles ſunt reſtringenda, ut poſt mul-
tos alios à ſe allegatos reſpondit Menoch. *d. conſ.
391. nu. 27.* quod textibus etiam juris feudalis eſt
25 conſentaneum, quibus † fœminæ admittuntur
non niſi nominatim ſeu ſpecialiter vocatæ, quod
utiq; non fit ſi vocentur heredes, aut ejuſmodi
generalia verba uſurpata ſint, per tradita ab An-
gelo *in Novel. 1.* & Curt. ſen. *conſ. 49. col. 3. in prin.*
Menoch. *d. conſ. 391. nu. 3.* & quamvis idem Me-
nochius *conſ. 331. n. 25. & ſeq.* dicat, fœminas non-
nunquam ut maximè ſpecialiter vocatę non ſint,
vocatas tamen intelligi, contrarium tamen affir-
mare videtur Garzon *d. reſtrict. 1.* dicens, quòd nō
ſit ſatis in verbo includi fœminas, quando pariter
includi poteſt maſculus, quia fœminæ in ſpecie
nominari debeant, vel in individuo.

Tantò verò magis in caſu propoſito appella-
tione heredum non venire fœminas dicendum
videtur, quod communis ſit Doctorum noſtro-
26 rum theorica, quòd † in eo feudo, pro quo præ-
ſtatur juramentum fidelitatis, fœmina non ſuc-
cedat, ſicuti juramentum pro hoc feudo præſtari
ex inveſtituris tranſmiſſis apparet. Ita ſenſerunt
Alexand. *conſ. 9. n. 5. verſ. quo ad hæc, vol. 5.* Brun.
conſ. 41. n. 4. verſ. nec obſtat. Socin. jun. *d. conſ. 65. n.
16. & conſ. 109. n. 9. vol. 2.* Rol. à Valle *conſ. 23. n. 18.
35. & ſeq. vol. 1.* Menoch. *d. conſ. 391. n. 10. & conſil.
443. n. 48.* Decian *d. conſ. 58. n. 46.*

Neq; veroſimile eſt voluiſſe Dominos Comi-
tes in conceſſione hujus feudi eum caſum expe-
ctare, quo nunquam, aut certè perquàm rarò
feudum ipſis aperiretur, & dominium utile cum
directò conſolidaretur, quod utiq; futurum e-
rat, ſi ſucceſſio in his feudis non tantùm in fœ-
minis, ſed etiam inter conjuges, atq; adeò extra-
27 neos concederetur, partim quòd † nemo præ-
ſumatur jactare ſuum, *l. cum de indebito, ff. de pro-
28 bat.* partim quòd † feuda non niſi ſanguini ſive
familiæ ejus, qui id acquirit, dari cenſentur, *Hart.
Piſtor. 2. quæſt. 1. n. 106. & qu. 3. n. 14. & qu. 14. n. 18.*

nec comprehendantur alii, quàm qui jure com-
prehenſi intelliguntur, ſed ut alii comprehen-
dantur neceſſe ſit iſtos diſertè exprimi, præſer-
tim cùm † omnis contractus, niſi appareat aliud 29
de quo convenerit, ſecundum naturam ipſius,
quam à jure habet, factus eſſe præſumatur, per ea
quæ reſpondit Decian. *conſ. 48. n. 2. vol. 1. & conſ.
13. n. 56. & conſ. 45. n. 13. vol. 2.* Menoch. *conſil. 410.
n. 41. & conſ. 454. n. 27. cum ſimilib.* & regulariter
actum gerens cenſetur voluiſſe imitari ejus na-
turam, *per l. ſi uno, in princip. ff. locat. l. ſi ſtipulatus,
ff. de uſur. l. ſi legati ſervi nomine, ff. de legat. 1. l. da-
mni infecti, in princip. ff. de damn. infect.* & vel ma-
ximè intelligatur ſeſe conformare cum legibus
ſive jure de actu illo diſponentibus, *per l. here-
des, § cum ita, & ibid. Dd. ff. ad Senatuſconſ. Tre-
bell. Alexand. poſt alios in l. Gallus, § 1. ff. de liber.
& poſthum.*

Nec videntur ſeſe bonorum iſtorum poſſeſ-
ſores ulla conſuetudine qua receptum ſit, ut ſuc-
cedant etiam fœminæ, & multò magis conjuges
ſibi invicem in hiſce bonis tueri poſſe. Conſue-
tudo † enim facti eſt, *c. 1. de conſtitut. in 6.* facta au- 30
tem † non præſumuntur, *l. in bello, § factæ, ff. de* 31
*captiv. & poſtlimin. reverſ. l. deniq; ff. ex quib. cauſ.
major. l. ſi emancipati, C. de collat. l. 2. C. de donat.
int. vir. & uxor. c. cum in jure, de offic. delegat.* id-
eoq; † probari debent, ut probat Maſcard. *con-* 32
cluſ. 732. & in ſpecie † de conſuetudine, quod 33
probari debeat, tradunt poſt alios Joſeph. Ludo-
vic. *deciſ. Peruſ. 62. n. 25.* Benintend. *deciſ. Bonon.
65. n. 13.* Mynſing. *obſerv. 96. n. 1. cent. 5.* Gail. 1. *ob-
ſerv. pract. 36. in fine,* Maſcard. *concluſ. 423. n. 20. &
26.* & non vulgaris probatio in ea ſufficiat, ſed
plena deſideratur per eundem Maſcat. *d. concluſ.
423. n. 10.* ideoq; † dicitur eſſe difficilis probatio- 34
nis, *Dec. conſ. 215. nu. 2. & conſ. 402. nu. 13 Menoch.
conſ. 8. n. 16. vol. 1. & de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 8.
n. 8. Maſcard. d. concluſ. 423. in prin. ubi & alios al-
legat.* Multa † enim ad probationem conſuetudi- 35
nis requiruntur, de quibus Bartol. & alii *in l. de
quibus, ff. de legib.* & poſt alios Mynſing. *reſponſ.
10. n. 32. & ſeqq. & reſp. 12. n. 22. & ſeqq. & reſp. 32.
n. 28. & reſp. 43. nu. 39. & ſeqq.* Weſembec. *in pa-
ratit. ff. de legib. n. 8. verſ. ad inducendam. & verſ. ex
his autem.*

Atq; ut cetera conſuetudinis requiſita præ-
tereamus, conſtat apud omnes conſuetudinem
dici non poſſe, quæ † legitimo tempore præſcri- 36
pta non ſit, *c. fin. & ibi gl. de conſuetud. l. 1. in fine, de
aqu. & aqu. pluv. arcend. l. 2. C. de ſervitut. l. 1. C. quæ
ſit long. conſuet.* At vix eſt, ut ab eo tempore, nimi-
rum ab anno 1560. quo privilegium, quod appel-
latur, conceſſum eſt, tantum temporis lapſum ſit
quod ad præſcriptioné ejuſmodi ſufficiat. Tem-
pus † enim præſcriptioni definitum in his, quæ 37
contra jus conſuetudine inducuntur, eſt anno-
rum quadraginta, *gl. in d. c. fin. & ibid. Panorm. nu.
11. gl. in c. fin. de conſuetud. in 6.* quod ſpacium ab
anno 1560. hucuſq; lapſum non eſt, & quidem
multò minus, ſi tempus præſcriptionis compu-
tari incipiat à primo conſuetudinis actu, qui ha-
beri probariq; poteſt, prout ab eo tempore com-
putandum eſſe docet Bartol. *in l. Labeo, ff. de ſu-
pellect. leg. & in d. l. de quibus, num. 15. & ibid. Jaſ.
num. 33.*

Quod

Quod si nunc hoc etiam accedat, quòd ut maximè actus aliqui pro prætensa consuetudine allegari possint, afferri tamen possint actus alii, in quibus contrarium observatum sit, tum multò minus consuetudo probata intelli-
58 getur, cùm † juris sit manifesti, ex actibus populi difformibus consuetudinem non probari, propterea quòd unanimis populi vel eorum, quos res concernit, consensus deficiat, secundum Bartol. *in l. 2. in princip. versic. ex quo nota, C. quæ sit long. consuet.* Mynsing. *d. resp. 13. num. 33.* Cacheran. *decis. Pedam. 99. num. 7.* & singulariter dicit Alexand. *consil. 5. & consil. 127. volum. 5.* quòd tali casu, quando usus populi variat, redeundum sit ad jus commune, & juxta illud judicandum, prout eum allegat Mynsing. *observat. 42. num. 4. Centur. 6.* addens hoc veluti memoratu dignum non esse contemnendum.

Ceterùm etsi hæc & similia quæ pro Domino Comite in medium afferri possunt, momenti sint haud exigui, neque sine causa Dominus quærat ut bona controversa in iis duntaxat familiis, apud quas nunc sunt, maneant, nec in alienas familias transferantur, nos tamen omnibus hujus negocii circumstantiis accuratius consideratis & ponderatis censemus juri hoc casu magis consentaneum esse, ut controversorum bonorum feudalium non minus capaces sint fœminæ & extranei quivis, atq; illi qui sunt de familia & ex posteris possidentium illa bona.

Et principio quidem, quod ad fœminas attinet, id extra controversiam esse videmus, illos haud minus ad hæc feuda controversa admitti, modò sint de familia possessorum, quàm admittuntur ejus familiæ masculi. Id enim haud obscurè confitetur Dominus Comes in utrisq; literis de hac controversia ad Senatum M. men-
39 se Junio & Julio hoc anno scriptis. Confessio † autem est loco probationis sufficientis & indubitatæ, *Bald. in c. 1. §. sacramentum, num. 15. de consuetud. rect. feud. & in rubr. C. de probat. nu. 5. & ibid. Castrens. n. 4. Jas. in l. cum te, nu. 8. & seq. C. de transact.*

Sed in genere in hisce bonis succedi, ut in allodialibus, atq; adeò mutuam esse in his conjugum successionem, ac proinde extra familias possessorum ea transferri posse in familias alienas, ex contractu ipso de his bonis inter Dominos Comites & antecessores possessorum horum bonorum inito, abundè constat.

40 Cùm enim in genere † in omni contractu ante omnia spectandum sit quod actum est *l. semper in stipulationibus, ff. de reg. jur.* tum verò vel ma-
41 ximè † in contractu investituræ, cujusmodi hic est, id fieri debet, *per c. 1. de duob. fratr. à Capitan. invest. Bald. in prælud. feud. divis. 4. versic. porrò. Castrens. cons. 351. in fin. vol. 2. Paris. cons. 4. n. 6. vol. 1. Decian. consil. 58. n. 23. vol. 2. Sonsbec. in commen.*
42 *feud. part. 9. nu. 26.* Tenor † siquidem investituræ legem & naturam feudo tribuit, *Paris. consil. 106. n. 20. vol. 1. Menoch. consil. 104. nu. 20. & consil. 148. nu. 10.* & derogat communi feudorum naturæ, *Jas. consil. 136. n. 2. vol. 4. Paris. consil. 13. num. 13. vol. 1. Decian. consil. 23. n. 34. vol. 1. & consil. 93. nu. 12. volu. 3.* quam esse unam maximam in feudis dicit Laudens. *in c. 1. nu. 5. qui feud. dar. poß. & in c. 1. §. quinetiam, num. 8. Episcop. vel Abbat.* quam Doctores exclamare respondit Menoch. *d. consil. 148. nu. 1.* Nec † facilè & sine causa investitu- 43
ræ verba restringenda sunt, sed prout sonant interpretanda, *Tiraquell. in l. si unquam, verb. libertus, num. 9. C. de revocand. donat. Par. de Put. de redintegrat. feud. cap. 30. nu. 94. Roland. a Vall. consil. 79. vol. 2. Schurff. consil. 98. Cent. 1. Zas. consil. 12. n. 59. vol. 1.* ita ut accipiantur cum effectu, ne superfluitatem pariant, sed aliquid operentur, *Alvarot. in c. 1. num. 2. de feud. non habent. propr. natur.*

Primùm autem in contractu hoc animadvertimus, eum non tãtùm esse celebratum cum maribus, sed etiam cum fœminis. aut certè cum utrisque simul. Ex quo colligitur mentem fuisse contrahentium, ut horum bonorum æquè essent capaces fœminæ atq; mares, & conjuges in casu deficientium liberorum aut agnatorum succederent. A primordio autem tituli posterior formatur eventus.

Secundò, ponderamus quòd hæc bona concessa sunt in feudum hereditarium, zu Erblehen/ quæ qualitas Erb/ addita nomini Lehen/ inducit feudum simpliciter & absolutè hereditarium, siquidem qualitas illa ad rem dirigitur, ac proinde realis est, non ad personas, ut ita personalis censeri non debeat, ut perinde sit atque si dictum esset, ut maximè hæc bona in feudum concedantur, debere nihilominus illa censeri jure hereditario. Qualitas † enim inhæret 44
subjecto, eiq; dat formam, *per text. in l. Titius, ff. de milit. testam. & in c. statutum, de elect. in 6. Paris. consil. 53. num 44. & seq. vol. 4.* At † in feudo 45
simpliciter & absolutè hereditario succeditur haud secus atque in bonis ceteris allodialibus, atq; adeò ejus non minus capax est extraneus atque is qui est de familia, per ea quæ scribit Rosenth. *in synopsi sua feud. cap. 7. num. 133.* Quò † pertinet quod dicitur in feudo conces- 46
so pro se atq; heredibus omnibus successionem eandem prorsus esse quæ est in bonis allodialibus, *Bald. in c. in præsentia, num. 20. de probat. Afflict. in c. 1. §. in generali, num. 7. si de feudo defuncti, Alexand. consil. 195. nu. 4. vol. 6. Curt. jun. consil. 183. num. 5. Gozad. consil. 6. num. 43. & consil. 57. nu. 22. Roland. a Valle consil. 60. num. 49. vol. 1. & consil. 79. num. 34. vol. 2. Ruin. consil. 25. num. 6. vol. 1. & consil. 18. in fine, vol. 2. & consil. 105. nu. 7. vol. 3. Menoch. consil. 129. nu. 10.* & † 47
quamvis sint qui feudo concesso pro se & heredibus quibuscunq;, (quod idem esse putamus cum feudo concesso in feudum hereditarium, zu Erblehen/) existiment id ad heredes extraneos nõ transire, *Bald. in d. c. 1. §. donare, qual. olim feud. alien. poter. & multi alii congesti per Menoch. d. cons. 393. n. 27.* plures tamen in ea sunt sententia, quòd feudum acceptum pro se & heredibus omnibus vel quibuscunq; per successionem devolvatur etiam ad extraneum, atq; adeò in conjugem superstitem, inter quos sunt Bald. sibi contrarius *in l. 1. quæst. 45. & 48. ff. de rer. divis.* Alexand. *in l. si patroni, in princip. ff. ad Trebell.* Jas. *in l. 1. §. nunciatio, num. 6. ff. de edend. &*

in l. 2.

in l.2.n.198.C.de jure emphyteut. Rol.à Vall. *consil. 5.n.45.& consil.54.n.40.vol.3.* Cacheran. *decis.Pedem.161.n.9.& decis.169.n.4.* quam communem esse Doctorum sententiam dicit Bursat. *consil.76. num.7.* & magis communem asserit Mozz. *de sub-*
48 *stant.feud.n.95.* At verò † extra omne est dubium, quòd cōjuges eo casu, quo sine heredibus descēdentibus, ascendentibus & collateralibus moriuntur intestati, sibi invicem ex jure communi succedant, *l.1.C.unde vir & uxor.*

Tertiò, confirmatur hoc argumentum etiam ex eo, quòd, ut apparet ex dicto privilegio, sive concessione Domini O. possessoribus concessa est libera alienandi facultas inter cives M. sine ulla distinctione, an sint de alienantis familia, in
49 quos alienatur, necnè. Atqui † omne feudum, quod potest alienari sine consensu domini vel agnatorum transire ad extraneos heredes, cùm de tali feudo judicetur, ut de bonis allodialibus
50 docet Mozz. *de substant.feud.d.nu.95.* Cùm † enim pactum de alienando factum est, vel consuetudine alienandi facultas permissa est, feuda intelligi redacta ad instar allodialium, atq; in omnibus jure allodialium, etiam in successione censeri docent Guil. Benedict. *in c. Rainutius, verb.& uxorem, versic.quinta decisio, de testament.* Anchar. *consil.125.n.7.* Roland.à Valle *consil 2.nu. 4.5.& 25.& consil.42.n.27.vol.1.* Bursat. *consil.40. n.13.* Nec est, quòd quis objiciat facultatem alienandi non esse liberam, sed debere fieri cum cōsensu domini, quoniam privilegium domini O. nullum sibi aut posteris consensum reservavit, sed ut constat ex tenore privilegii simpliciter alienationem concessit, & quidem libertimam, modò fiat inter cives M. his verbis: Haben wir verwilliget vnd nachgelassen / daß sie sich auch einhelliglich mit einander entschlossen / daß dieselbige Erblehen Hoffgüter an niemands / dann die binnen M. gesessen / vnd darin Burger oder Burgersgenossen seind / vmb die ziemliche gebür erblich oder pfändlich verlassen werden sollen / & quamvis sint,
51 qui † existiment si à principio feudum cum potestate alienandi atq; de eo disponendi concessum sit, quod contra naturam esse feudi respondit Decian. *d. consil.58. n.34.* id accipiendum esse secundum feudorum naturam propriam, praecedente nimirum licentia sive consensu domini speciali, *per c.1.de feud.hab.propr.natur.* Alexand. *in l.si finita, §.sed si de vectigalib. nu.14. ff.de damn. infect.& consil.106. nu.9. vol.4.* Speculat. *de locat. §.nunc aliqua, quaest.94.n 117.* Natt. *consil.600. nu. 22.vol.2.* Decian. *d.consil.58. nu.20.* verior tamen eorum est opinio, qui tradunt speciali consensu opus non esse, sed alienationem domino inconsulto fieri posse, ut pleriq; docent *in d. c.1.de feud. habent.propr.natur.& in c.1.§.si feudum, si de feud. fuer.controv.* Dec. *consil.163.nu.3. & consil. 390. nu.9.* Cravett. *consil 84.n.10.& consil.92.n.6.* Menoch. *cons.1.n.126.* eamq; communem dicit Rol. à Valle *cons.3.n.60.vol.1.*
52 Quartò, his accedit, quòd † in potestate erat Domini Comitis huic contractui legem dicere apertius, quod cùm non fecerit, secundum naturam rei, id est feudi hereditarii, quod ad instar allodialium redactum est, interpretatio contra ipsum facienda erit Dominum, ejusq; successores. Veteribus enim placuit pactionem obscuram vel ambiguam nocere ei, in cujus fuit potestate legem contractus apertius conscribere, *l. veteribus, ff. de pact. & l. Labeo, ff. de contrah. empt.* At in allodialibus deficientibus heredibus agnatis succedere sibi invicem conjuges, suprà dictum est.

Quintò, id tantò magis confirmatur, quòd singulare beneficium possessoribus bonorum controversorū in anno 1560. à Comite O. cōcessum existimatur, quod † in dubio, praesertim aliis 53
circumstantiis concurrentibus latè interpretandum est, *l.fin.ff. de constitut. princip. c. cum dilecti, de donat.* & in terminis investiturae feudalis respondit Decian. *d.consil.58. n.34.* Natta *cons.464. n.12.* Menoch. *consil.331.n.37.* ubi uterq; respondet quorundam Doctorum declarationi, existimantium non esse latè interpretandum beneficium principis, quando per illud inducitur relaxatio juris communis, vel quod sit contra feudi naturā. Nam respondetur, inquit Menochius ex declaratione Nattae *d. cons.464.n.17.* quòd tunc demum fit stricta interpretatio in beneficiis & dispensationibus principum, quando dispensatio est contra dispositionem legum inventa & excogitata ad utilitatem subjectorum, secus verò quando non agitur de praejudicio alicujus, nisi ipsius concedentis: Imò ne de praejudicio quidem Comitis concedentis agitur, quia ut maximè ad extraneam familiam feuda haec devolvantur, devolvūtur tamen cum suo onere, nec quidquam Domino Comiti de servitio & annuo canone deperit.

Sextò extra controversiam est, singulari feudorum jure hoc receptum esse, ut foeminae, & multò magis omninò à familia, in qua feudum residet, extranei à feudorum successione excludantur: Atqui cùm † constitutiones feudales ob 54
id sint odiosae, utpote juris communis derogatoriae, ut notant omnes, *in l.maximum vitium, C. de liber.preter.& in l.1.C.unde vir & uxor.* & † res 55
quaelibet facilè ad primaevam suam reducatur naturam, *c.ab exordio, dist.35.l.si unus, §. pactus ne peteret, ff. de pact.* interpretatio † illa facienda est 56
in dubio, quae est benignior, minusq; juri communi derogat, *juxta gl.in c.statutum, de praebend.in 6.Jas. in auth.quas actiones, C.de sacros. Eccl. Paris. cons.21.n.31.& seq.vol.1.*

Septimò, multum etiam in hoc casu pro foeminarum & conjugum successione urget ipsa naturalis aequitas, quae † cùm in omnibus ser- 57
vanda sit, *l.in omnibus, ff.de regul.jur. cum concordantibus ibidem à gl. & Dd. allegatis,* tum hic etiam custodienda diligenter fuerit, quoniam haec feuda in conjugibus initium acceperunt, eorundemq; nomine praestatur census sive pensio annua, ut Dominorum Comitum non tàm intersit haec bona in una familia conservari, quàm si fortè familiae alicujus industria esset electa. Quod autem principalius est in dispositione, id etiam principaliter attendi, atq; ex eo consequentia aestimari debent. Nam praeterquam quòd argumentum ab aequitate ductum validissimum esse testatur Cacheran. *decis.Pedem.43.n.4.* in specie etiam inter Dominum & vasallum maximè aequitatem servandam esse respondit Wesembec. *consil.41.*

consil.41.nu.60. & 80. per c.1.§.fin.de prohib.feud. alien. pet. Lothar. & c.1.§ si quis eum, in quibus caus.feud amitt. Zas.*in epit feud.part.7.num.3.* Carol.Ruin. *consil.167.n.9. vol.5.* & Wesembec.*in tract.suo de feudis cap.13. in fine*, dicit, feudo adjacere æquum, bonum, æquitatem, bonam fidem,
58 ideoq; quamvis † feuda stricti juris esse dicantur, *Bald. in l.penult.n.17.C.de condit.insert.& conf.165. nu.3.vol.2.* recipiunt tamen ex æquo bono latam interpretationẽ, ut docet Jas.*in prælud.feud.n.26.* & inprimis pro vasallo contra dominum, ut tradit Bartol.*in l.1 in fine, C.de jur.& fact. ignor. & in l.fin. C.si contra jus.* & post Bartolum Dec. *consil. 558.nu.30.*

Octavò, cùm hactenus usu ita observatum, atq; adeò consuetudine receptum sit, ut in hisce feudis controversis conjuges sibi invicem succedãt,
59 contractus † ille sive investitura feudalis ex usu isto sive consuetudine meritò interpretationem in omnibus suis clausulis, & præsertim ea quæ est de heredibus, & de feudo hereditario, Erblehen/ recipiet. Cõsuetudo namq; optima legum & dispositionum humanarum interpres est atq; esse dicitur, *l.si de interpretatione, ff.de legib.c.cum dilectus.& ibid. Dd de consuet. Panorm & alii, in c. ad audentiam, de Cleric non resident. Joseph.Ludov.d. decis.62.n.9. Capell.Tholos. decis 315.n.4.* & in specie quòd consuetudo & observantia ejus loci, ubi res feudalis sita est, in feudorum concessionibus interpretandis principem locum obtineat, tradit gl.*in c.1.§.hoc quoq; verb a successione, qui feud.dar. poss.* Alvarot.*in c.1.§.in judicio, nu 5.de feud.cognit.* Gail.*2.obser.pract.148.n 5.vers.nisi aliter*, Decian. *cons.124.n.15.vol.3.*

Quinimò ut maximè ex pactis in concessione feudorum horum factis de successionis qualitate omninò nihil constaret, esset tamen observandũ & sequendum, quod circa eam consuetudine receptum esset. Generale enim illud est, ut quoties non apparet, quid inter feudum constituentes convenerit, natura feudi, eorumq; quæ ad feudũ pertinent ex longo usu & consuetudine sit æstimanda, *Dd.in c.1. de feud cognit.& in c.1.§. & quia vidimus, qui feud.dar poss Ruin.cons.38.n 6 & cons. 40.n.11.vol.1.Brun.cons.11.n.4.& 5 Paris.consil.13. n.25.vol.1.Rimin. cons.55.n.11.* Wes.*cons.74.n.25. Menoch.cons.104.n.13 & cons 331 nu.21.& de præ-*
60 *sumpt.lib.3.præsumpt.95.n.8.* Omnis † siquidẽ feudorum natura à consuetudine potissimùm depẽdet, atq; adeò facile mutari potest, *Bald. & alii in d.§.& quia vidimus. Dec.cons.218.n.9.& cons.614. n.8.Corn.cons.97.n.7.vol.1. Natt.cõs 35.n.3.& cons. 600.n.19.* Est autem cumprimis attendendũ, cùm
61 † non constat de peculiaribus pactis aut conventionibus, quænám sit consuetudo isthuc loci ubi res feudalis sita est, *Laud.in c.1.nu 10. de cognit. feud.& ibidem ceteri. Hostiens.in rubr.de feud.in fine, Chassan.in rubr.de feud.n 17. Guid. Pap.decis. 59.n.2.Paris.cons.22.n.24.vol.1.Purpur.cons.367.n. 77.Schurff.cons.66.n.9.Cent.1.* W*esemb.cons.74.n. 25 & seq.& de feud.c.17.n.14.*

At consuetudine hoc ita in his feudis controversis receptum esse, ut in casum deficientium liberorum conjuges sibi invicem succedant, in facto præsupponitur multis exemplis, quæ scientibus & consentientibus Dominis Comitibus contigerunt, probari posse; de qua † in genere di- 62
citur quod pro lege observetur *d.l. de quibus, Joseph.Ludov.decis.Perus.14.n.3.& d.decis 62.n.11.* & vim habeat juris in territorio isto, in quo observatur, *c.consuetudo, dist.1.Jas.in l.2.n.15. C.si cont. jus vel.util.public.* ideoq; pro jure rectè allegetur, *Card.Zabar.in clem.sæpè,§.& quia,nomb.6.de verbor.signif.* nec mirum, cum ea quæ princeps potest, etiam consuetudo facere possit, per ea quæ allegat Mynsing.*observ.24.Cent.4.*

Etsi verò Dominus Comes in literis suis ad Senatum M. XIII. Julii hujus anni præsentis scriptis consuetudinem illam neget, tamen cum omnia consuetudinis legitimæ requisita in casu proposito deduci & probari possint, non videmus cur non magis M. affirmationi probatæ, quàm Domini Comitis negationi fides adhibenda sit, nec dubitamus, quin ut illustris, ita optimus Comes Dn. P. si hoc intellexerit, à sententia sua præconcepta discessurus sit.

Non est † autem Doctorum in his, quæ ad cõ- 63
suetudinem aliquam probandam necessariò desiderantur sententia omninò eadem, & ut rectè monet Mynsing.*obser.41.n.cent.6.* Doctores multa, nec in omnibus concordantia scribunt variis in locis, præcipuè *in d.l. de quibus, & in d.l.2. C. quæ sit long. consuet. & in d.c.fin. de consuetud.* Ex communiori tamen sententia ad perfectam & legitimam consuetudinem præcipuè quatuor requiri, ibidem affirmat Mynsing. *n.3.* ex cujus variis responsis, sicut etiam ex Andr.Gail.*lib.2 obs. pract.31.* apparet eandem in Camera Imperiali approbatam, nimirum ut sit legitimè præscripta, ut sit sequentia actuum confirmata, ut sit tacito populi consensu recepta, & deniq; ut sit rationi consentanea.

Et consuetudinem quidem, ut † vires habeat, 64
legitimo tempore præscriptam esse oportere, textus est de jure Canonico *in d.c.fin. de consuetud.* & de jure civili, *in l.diuturna, ff. de legib.* Et
† quamvis tempus hoc diversimodè æstimarint 65
interpretes, ut dicit Mynsing. *d. observ.* 41.*nu.9.* adeò, ut nonnulli illud ceu jure non definitum arbitrio judicis æstimandum reliquerint, ut post Coras. *in d l.de quibus, nu.8.* tradit Menoch. *de arbitrar.judic.qu.lib.2.casu 83 n.6* frequentius tamen obtinuisse *d.nu.9.* scribit Mynsingetus ad consuetudinem, quæ præter vel contra leges est, decem annos sufficere, eò quòd dicatur consuetudo longa, longum † autem tempus decennio fi- 66
niatur, *d.l.diuturna*, cum aliis adductis per eundem Mynsing. *d.observ.41.n.10.* Atqui ante annos plus centum bona controversa à M. sunt possessa, & quamvis possessionis titulus anno 1560. immutatus sit, in ceteris tamen mansit jus idem, idemq; factum, nec scimus utrum ullum exemplum contrarium à Domino Comite allegari possit, atq; ab eo tempore quo possessionis titulus mutatus, ter decem anni & amplius lapsi sunt, cùm tamen ne decem quidem in casu proposito desiderari viderentur, siquidem hæc consuetudo juri communi non solùm contraria non est, sed multò magis ad id & pristinum statum consuetudinem feudi generalem reducit, nimirum successionem conjugum jure civili rece-

receptam, jure verò feudali abolitam confirmando, præsertim cùm contractus anno 1560. de bonis quæstionis initus pro singulari beneficio sive privilegio allegetur, cujus interpretationem latissimè faciendam esse, eò quòd non agatur de præjudicio alicujus, nisi concedentis ipsiusque successorum, imò si attentius rem consideremus, ne de concedentis quidem ullo præjudicio, siquidem de servitio debito, debitoq; annuo canone nihil per eam depereat, suprà ex Natta & Menochio confirmavimus. Tantoperè † verò
67 præscriptio consuetudinis est privilegiata, ut cùm aliàs præscriptiones regulariter sine bona fide & sine titulo non procedant, *juribus vulgatis*, ad ipsam tamen introducendam neutro, hoc est, nec titulo nec bona fide opus sit, ut post alios notavit Jas. *in d. l. de quibus, n. 49.* & Wesemb. *in paratit ff. de legib n. 8.*

Secundò, nec desunt in præsenti consuetudi-
68 ne actus, quos † frequentes esse oportere apparet *ex l. 1. C quæ sit longa consuet. & gl. in d. c fin de consuetud.* ita ut actus unus non sufficiat, per tradita à Bart *in d. l. de quib. lect. 1. n. 11. & in repetitione, nu. 13.* & Panorm. *in d. c fin. n. 17.* Nam septem minimum intelligimus posse allegari, quibus ita sit observatum, ut conjunx conjugi defuncto in his bonis successerit, & illo etiam defuncto bona ad hujus posterius defuncti heredes proximos trãsiverint, cùm tamen etiam pauciores sufficiant,
69 per doctrinam eorum, qui † scribunt duos actus ad consuetudinem arguendam sufficere, quos refert Mich. Grassus *Recept. sentent. lib. 1. c. 1. quæst. 10. & 11.* quod etsi verum sit de actibus judicialibus duobus, ut dicit Mynsing. *d. obser. 41 n 7.* eaq; sit communis opinio, attestante Andrea Gail. *d. observ. 31. n. 7.* plures tamen actus quàm duo hoc casu allegari possunt, qui ut maximè sint extrajudiciales, illis tamen, præsertim pluribus simul conjunctis non minus probari consuetudinem, quàm duobus actibus judicialibus docent Wesembec. *d. nu 8.* Joseph. Ludov. *d decis. 62. num. 21.* Roch. de Curt. *in d. c. fin. sect. 4. num. 34.* Gail. *d num. 8.*

Tertiò, de tacito etiam populi consensu inducendi consuetudinem hoc casu dubitari non debet, quoniam quænam fuerit mens atq; animus civium M. in actibus supradictis exercendis, ex hoc ipso negocio, quod ipsis est cum Domino Comite satis manifestò colligitur. Si enim aliud antehac sensissent, aut etiamnum sentirent, profectò domino suo sese non opponerent. Et verò
70 † notum est tacitum populi consensum colligi ex actuum frequentia, ut eleganter probat Gail. *d. observ. 31. n. 9.* præsertim si probatio ejus accedat, quam colligit ex interpretibus juris Mynsing. *d. observ. 41. n. 13.*

71 Quartò, ecquis † verò negaverit hanc consuetudinem rationabilem esse, reducentem jus feudale ad jus commune, quo successio fœminarum & conjugum inter se recepta est, *per d. l. maximum vitium, & d. l. 1. C. unde vir & uxor.* præsertim cùm illam consuetudinem rationabilem dicant, quæ non improbatur à jure, ut pulchrè tradunt Gail. *d observ. 31. n. 12.* & Mynsing. *d. observ.*
72 *41. n. 4. & seqq.* Imò verò in feudis † etiam irrationabilem consuetudinem valere, modò in se non contineat peccatum dicit Bald. *in c. 1. de prohib. feud. alien. per Frider.* siquidem in illis magis inspicitur consuetudo, quàm rationes & argumenta, *Bald. in prælud. feud. & est de mente gl. in c. 1. verb. comprehensiu, de feud. cognit.*

Tantò autem minus dubitandum fuerit hanc consuetudinem succedendi in feudis M. usurpatam à Domino Comite servandam esse, eò quòd ipse Dominus Comes ipsiusq; antecessores investituras ejusmodi successoribus scientes confirmarunt, ut sicut in illis præteritis, ita etiam in futuris Dn. Comiti recedere amplius integrum non sit. Vulgatum enim est, quòd † id quod semel placuit, amplius displicere non possit, & 73
quòd proprio suo facto contravenire nemo debeat, imò ne antecessorum quidem suorum facto, sive succedat ipsis in hereditate, de quo nullum est dubium, sive in dignitate, de quo hoc ita asserunt Canonistæ *in c. 1. de probat.* & Legistæ *in l digna vox, C. de legib.* quam esse receptam & veram interpretum ferè omnium sententiam respondit Menoch. *consil. 534. nu. 5.* & constare hanc esse receptam jam antè responderat idem Menoch. *consil. 201. nu. 197.* eò † 74
quòd dignitas semper sit eadem *gl in c. quoniam, de offic. deleg. Menoch li. 1. de arbitr. judic. q. 67. n. 21.* & in specie de successore Comitis ita tradit Boër. *decis. Burdeg. 204 n. 42.* Menoch. *d. consil. 534. n. 1.* Atque ut maximè Domini Comites non confirmassent, eo ipso tamen quòd hæc ita fieri passi sunt, neq; contradixerunt, consuetudinem, utpote qua M. jus quæsitum est, abolere non possunt. Consuetudinem † enim introduci, etiamsi 75
superior nesciat eam esse in generatione, modò non contradicat, docet Bart. *in d. l. de quibus, n. 11.* & *ibid.* Jas. *nu. 30.* quam sententiam usu esse receptiorem testis est Wesemb. *d n. 8.*

Quæ omnia, prout hactenus deducta sunt, cùm ita sese habeant, non obstant, quæ inter rationes dubitandi suprà de exclusione fœminarum & conjugum à successione feudali allata sunt. Regulariter enim illa procedunt, à quibus conventione, aut certè consuetudine contraria recedi potuisse, atq; etiam recessum esse, ex his quæ diffusè dicta sunt, abundè constat, ut ea huc tædiosè repetere necesse non sit.

Nec vim aliquam faciunt præsumptiones, cum præsumtionibus contrariis, imò veris probationibus tollantur, quod fieri posse ex vulgatis illis axiomatibus constat, quòd præsumptio præsumptionem tollat, specialis generalem, plures unam fortiores debiliores, quæ sigillatim commodissimè à nobis ad casum propositum applicari possent, nisi vereremur in re clara hanc diligentiam nostram tædium parituram esse: & verò tantum Domini Comitis P. benignitati & clementiæ notoriæ in suos subditos confidimus, ut dubium nobis non sit, ipsum ad pleniorem hujus negocii informationem M. civium subditorum & vasallorum suorum fidelium petitioni acquieturum, & privilegia à majoribus suis ipsis concessa, quin & consuetudines receptas sartas tectas conservaturum esse.

Postremò cum consuetudo à M. circa successionem allegata ex requisitis optimè, ut ante dictum est, demonstrari, nec ullus alius actus ipsis contra-

contrarius, in quo secus observatum sit, ex parte Dn. Comitis afferri possit, eaq; consuetudine nihil inducatur, quod juri communi non sit ex omni parte consentaneum, & præterea æquitas in his feudis ignobilibus eam confirmet, tandiu M. in possessione vel quasi assertæ consuetudinis, atque adeò bonorum controversorum tuendi erunt, quoad Dn. Comes contrarium jure probaverit.

Decanus & ceteri Doctores facultatis Juridicæ in Academia Marpurgensi consignabant mense Aprili, Anno Christi 1593.

CONSILIUM XXXIV.

Quod est

HERMANNI VULTEJI Jurisconsulti.

SUMMARIA.

1 *Testabilis quisq; esse præsumitur.*
2 *Heredis institutio testamenti est caput & fundamentum.*
3 *Testamentorum solennitate majora sunt Acta, & n. 42. & 48.*
4 *Solennitatum testamentis adhibendarum ratio.*
5 *Fraudis suspicionem removent Acta.*
6 *Testamentum apud acta factum non desiderat testes.*
7 *Actus apud judicem factus censetur factus coram testibus.*
8 *Testamentum apud acta factum pari jure censetur factum cum eo, quod coram Imperatore factum est.*
9 *Acta ibi esse intelliguntur, ubi aliquid fit autoritate judicis quocunque loco, contrarium n. 55.*
10 *Jurisdictionis voluntaria negocia quocunq; loco possunt expediri.*
11 *Testamenti factio seu insinuatio est jurisdictionis voluntaria.*
12 *Donatio excedens quingentos aureos insinuari potest coram quocunq; judice & ubicunq; locorum.*
13 *Testamentum testibus prælegi necesse non est.*
14 *Testamentum scriptum sustinetur in vim nuncupati.*
15 *Clausula codicillaris omnem testamenti defectum supplet.*
16 *Testamentum præsumitur esse solenne & validum.*
17 *Actus in dubio interpretandus ut potius valeat.*
18 *In dubio pro testamento judicandum est, & n. 58.*
19 *Probare debet, qui testamentum injustum vel illegitimum dicit.*
20 *Causa testati est favorabilior, quàm causa intestati.*
21 *Actus à Jurisconsulto factus censetur legitimè factus, & n. 59.*
22 *Voluntas ultima ex testamēto etiam nullo probatur.*
23 *Clausula codicillaris in vim fideicommissi sustinet id, quod directò non subsistit.*
24 *Rei suæ quilibet est moderator & arbiter.*
25 *Voluntates ultimæ favorabiliores sunt, quàm actus, qui inter vivos fiunt.*
26 *Leges in testamento condendo servandæ sunt.*
27 *Testamentorum duo genera recensentur.*
28 *Forma testamentis faciendis præscripta non servata, testamentum quod factum est, est nullum.*
29 *Disponentis animus ex facto ipsius declaratur.*
30 *Testator præsumitur [illegible] scriptis testari velle, qui voluntatem suam in secreto tenet, nec vult eā à testibus vocatis cognosci.*
31 *Voluntas etiam ex eo, quod quid non est factū, declaratur.*
32 *Codicillus non fit, nisi in scriptis.*
33 *Testamento scripto adhibendi sunt testes, qui id subscribant & sigillent.*
34 *Testamentum nuncupativum aliud explicitum est, aliud implicitum, quod declaratur.*
35 *Testamentum eo animo factum, ut sit scriptum, non sustinetur in vim nuncupativi.*
36 *Testamentum an & quando dicatur apud acta factum, & n. 38.*
37 *Definitio & definitum convertuntur.*
39 *Forma specificè impleri debet.*
40 *Testamentum debet fieri uno eodemq; contextu.*
41 *Acta sunt loco testium.*
43 *Dictio ETIAM est implicativa.*
44 *Glossa autoritas est magna, præsertim cum innititur alicui textui.*
45 *Glossa præferenda est communi opinioni.*
46 *Testamentum omne necessariò desiderat testes.*
47 *Regulæ vis & effectus.*
49 *Textus juris glossa & omnium autoritatem superat.*
50 *Doctores intelligendi sunt secundum allegata.*
51 *Opinio distinctione controversiam concilians est sequenda.*
52 *Mynsing. observ. 29. cent. 6. declaratur.*
53 *Præjudicia Cameralia non sunt facilè trahenda in exemplum.*
54 *Exemplis non est judicandum.*
55 *Wesembecius improbatur.*
57 *Clausula codicillaris nihil operatur, si sit apposita ab alio, quam à testatore ejus vim non intelligente.*
60 *Fideicommissorum materia sepè viros doctissimos decipit.*
61 *Voluntas nō est extendenda ultrà quàm est declarata.*
62 *Nullum quod est perinde habetur atq; si factū non esset.*
63 *Hereditatis petitio & interdictum quorum bonorum, inter se conferuntur.*
64 *Petitorio interdum possessorio omisso agere est consultius.*
65 *Frustra fit per plura, quod fieri potest per pauciora.*
66 *Hereditatis petitio non datur contra titulo possidentem.*
67 *Hereditatis petitionis libelli forma.*
68 *Testamentum impugnans se ex eo juvare non potest.*
69 *Protestatio jus cuiq; suum in tuto collocat.*
70 *Hereditatis petitio instituenda est in loco, ubi hereditaria bona aut eorum major pars sita sunt.*

Vu 71 Here-

71 *Hereditatis petitio est actio realis.*
72 *Continentia causæ facit, ut superior omnium judex quamprimum possit adiri.*

STRENUUS & nobilis vir, Dn. M. N. intestatus decedere nolens in consilium adhibito Doctore V. ultimam suam volun[tat]em scriptura comprehensam hisce verbis clausit: Dessen zu Vrkundt habe ich M. N. mein angeborn Insiegel an diese Schrifft trucken thun / vnd dieweil ich eigner Hand zu schreiben jetzt nicht gebrauchen kan / so habe ich den Hochgelehrten V. der Rechten Doctorn gebetten / von meinet wegen sich zu vnterschreiben / habe auch dieselbig in einen Papiren vmbschlag gewickelt / vnnd denselben mit meinem angebornen Pitschier besiegelt vnnd verschlossen / solche also verschlossen dem Schultheissen oder Kellner / vnd den Gerichtsschöffen allhier zu K. zugestellt / vnd gebetten / dieselbig in das Gerichtsbuch zu legen / vnd verwahrlich zu halten / vnd mir dessen zeugnuß vñ kundtschafft zu geben / oder Zeugen zu sein / daß das jenig / was ich jhnen verschlossen zugestellt / also mein letzter Will vnd Testament seye / auch diese Schrifft nicht / biß nach meinem Todt / zu eröffnen / nach meinem todt aber meiner Haußfrawen / vnd der es von nöhten vnnd begeren wirdt / abschrifft davon zu geben / atq; hanc suam ultimam voluntatem nullis ad id convocatis aut rogatis testibus, aliisvé usurpatis solennitatibus 28. Maji, anno 1583. actis insinuavit hoc modo: Den 28. May / anno / &c. 83. hat der Edel vnd Ehrnvest M. N. den Ersbarn O. zur zeit Schultheissen zu K. vnd forsters P. Q. R. S. T. V. vns alle Schöpffen deß Gerichts zu K. in seine Behausung auff die vnderste Stuben vor sich erfordert / vnnd ist gesundes Leibs / allein daß er mit seiner Schwachheit dem Podagra / an den Händen verhafft gewesen / in dem Ercker vor dem Tisch gestanden / vnd hat durch den Ehrnvesten vnd Hochgelehrten Herrn V. der Rechten Doctorn / fürtragen lassen / er auch selbsten solches Mündtlich zum offtermalen widerholet / daß diese einverwahrte Schrifft sein letzter Will / Testament vnd Verordnung seye / wie es nach seinem absterben mit seiner Verlassenschafft gehalten werden solle / mit bitt / solch Testament in vnsere Gerichtskisten verwarlich einzulegē / zu hinderhalten / vñ niemandts / dann jhm selbsten / da ers noch bey Leben fordern würde / Nach seinem absterben aber / dessen copiam seiner Haußfrawen oder nechstgesipten auff begeren folgen zu lassen / welches wir obgemelte also vrkündtlich angenommen / vnnd demselben zu geleben versprochen haben / das Original soll jederzeit hinder dem Gericht verbleiben / vnnd davon nicht genommen werden.

Superioribus autem mensibus prædicto M. N. vita defuncto, ejusdemq; dispositione testamentaria aperta, in dubium hujus dispositionis validitas revocata est, de qua cõtroversia mihi requisito meam sententiam expromere tres insequentes quæstiones ad consultandum sunt propositæ.

Prima est: An testamentum M. N. sit validum, jureq; subsistat.

Secunda: si testamentũ illud validum non sit, qua actione nobiles consulentes commodius & tutius uti possint ad consequendam hereditatem sibi ab intestato debitam.

Tertia: coram quo judice id sit impugnandum, atque adeò in eo heredes instituti conveniendi.

PRIMÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

ET principiò quidem nihil eorum, quæ ad testamenti alicujus validitatem desiderantur, secundum hæc, quæ animadvertenda esse monet Gajus Jurisconsultus *in l. si quæramus, ff. qui testament. fac. poss.* in testamento proposito deesse videtur.

Quod enim ad personam Domini testatoris
attinet, præterquam quòd † quilibet præsumi- 1
tur esse testabilis, *Bald. in authent. omnes peregrini, num. 4. C. commun. de success. & notat glos. in c. 1. de regul. jur. in 6. Bartol. & alii in l. 2. ff. si quis in jus vocat. non ier. Sylvan. consil. 3. num. 63.* in facto etiam non est dubitandum, quin M. N. testari potuerit, siquidem tempore testamenti à se conditi fuit & sui juris, & justæ ætatis, neque inter eos, quibus testamenti faciendi potestatem jura ademerunt, qui enumerantur in glos. *d. l. si quæramus*, adeoq; M. N. testamenti factionem habuerit, per ea quæ respondit Laurent. Kirchov. *cons. 26. n. 1. vol. 3. varior. cons. German.*

Non etiam videtur dubitandum esse, quin M. N. secundum regulas juris civilis testatus sit, quod erat alterum à Gajo *in d. l. si quæramus,* requisitum, ad hoc ut intelligeretur, an testamentum aliquod valeret. Certum siquidem est, & constat ex ipsius testamenti inspectione,
quòd heredis institutionem contineat, quæ † o- 2
mnis testamenti caput est atque fundamentum, *per textum in §. ante heredis, Instit. de legat. & in l. 1. ff. de hered. instituend. & in l. quod per manus, ff. de jure codicill.*

Etsi verò solennitates in testamento pagano observandæ, de quibus habetur in textu & ibi per Doctores *in l. hac consultissima, in princip. & in §. per nuncupationem, & in l. scimus, C. de testament. & in l. fin. in fine, C. de codicill. & in l. final. in fine, C. de donat. mort. caus.* in hoc testamento observatæ non sint, neq; etiam ob defectum subscriptionis sive subnotationis testium,

ut codi-

ut codicillus solennis sustineri possit, *per tradita à Dd.in d.l.fin.in fine, C.de codicill* atque adeò hæc dispositio solennis non sit, illud tamen extra cõ-
3 troversiam positum est, quòd † omnium testamentorum solennitatem superet, atq; securus sit is, qui actis cujuscunq; judicis aut municipum mentis suæ postremum publicavit judiciũ, prout rescripserunt Imperatores Theodosius & Honorius *in l.omnium, C.de testam.*

Quod Imperatorum rescriptum aperta ratio-
4 ne nititur, quòd † solennitates in factione testamentorum adhibendæ sint, ut evitentur fraudes, nec morientium voluntates supremæ circumveniantur, *per text.in §.sed cum, vers. ut nulla fraus, Instit.de testament.ordinand.l.hac consultissima, in fine, C.qui testament.facere poss.l.fin. C. de fideicommiss.Cephal.consil.409.num. 31. vol 3.* quæ
5 † omnis fraudis atque circumventionis suspicio cessat in his quæ apud acta aguntur, *per allegata ab Anchar.consil.388.num. 16. Cravet. consil.114. num.2.Menoch.consil.73.num. 20. vol.1.Alciat. reg. 1. præsumpt. 21.* adeoq; cessante causa meritò cessare debet effectus, *Tiraquell. in tract. cessante causa*, & in specie, quòd cesset suspicio omnis fraudis circa testamentum apud acta factum, ideoque solennitates juris civilis in eo relaxentur, communem esse omnium opinionem attestatur Fernand. Vasqu. *de success.creat. lib. 3.§. 24.limit. 18 n.7.*

6 Hinc est, ut † cùm in omni testamento regulariter septem testes requirantur, in testamento apud acta facto, ne unus quidem sit necessarius, ex sententia Fulgosii, Castrens. & Jason. *in d. l omnium, & in l.sancimus, C.de testamen.* Marc. Anton. Nattæ *in repetit. authen.hoc inter liberos, num. 4 de testament.* quam communiter Doctores amplecti respondit Berlin. *consil. 38. quæst.1.num.21. vol.4. consil. German.* & veriorem esse, attestatur idem Vasqu. *d.loc.num.8.* eandemq; esse sinceram veritatem affirmat Schurff *consil.77.num 3.cent 1.* & consulendo secutus est idem Schurff. *cons.71 n. 1.cent. 2.* & Mynsing. *respons. 79. num.8* qui idem *observat. 29 num. 5. centur.6.* refert hanc sententiam Cameram olim secutam esse, quæ in practica passim servetur & apertè probetur *in d. l. omnium, & in d l sancimus.* Cujus decisionis ratio
7 sit, quòd † quando actus fit coram judice, præsumatur adesse multitudo testium, magnaq; sit autoritas judiciaria, *Myns.& Schurff.jam dictis locis, Francisc.Vivius in thes.commun.opin.lit.T.verb.testes non requirunt.*

8 Accedit, quòd † testamentum coram judice sive apud acta factum ad paria judicetur cum eo quod fit coram Imperatore sive Principe, *ut per d.l.omnium, probat Vivius lit. T. vers. à pari procedit*, ut cùm in testamento privati coram Principe confecto non sit opus adhibere testes, per tradita à Castrens. Fulgos. & Jas. *in d.l.omnium*, Corn. *consil.200.col.2.vol.1.* Ruin. *cons.135.nu 16.vol.1.* Boër. *quæst.218 n.3.* Menoch. *cons.423 n.13.vol 4.* apud acta testamentum facturus testes sine periculo omittere possit.

Atqui M. N. apud acta testamentum fecisse, aut certè illud actis insinuasse videtur extra omnem esse controversiam. Nam coram Cellario & Scabinis K. eam esse suam ultimam voluntatem, suumq; testamentum, quod manu tenens demonstrabat, disertè professus est, dictumque Cellarium & Scabinos eo loci esse judices non ambigitur: Arverò acta † ibi esse intelliguntur, 9
ubi aliquid fit autoritate judicis quocunque loco, *Bald. & Jas.in l.2.C.de edend.post glos.ibidem, in verb.actio.Bald in l.illud, num.7.C de sacrosanct. Eccles.Wesembec.consil.28. num.24. & in paratit. ff.qui testament. facere poss. num.10. & in addition. ad Schneidvvin.sub tit.de solen. testament. num 17. Instit. de testament. ordinand.* ubi scribit sufficere judicem, aut duos tresvè ad domum testantis venire, & testamentum illis insinuari, ut pòst ad acta referatur, idemq; ante Wesemb. respondit Schurff. *d.cons.71.*

Etsi verò ea, quæ contentiosæ sunt jurisdictionis in ipso judicii loco videantur necessariò esse expedienda, secus tamen esse in hisce, quæ † ju- 10
risdictionis sunt voluntariæ, & quòd illa sine ullo locorum discrimine expediri possint, probatur *per l.1.ff.de offic.Consul.§ præterea, Instit. quibus mod.jus patr.potest.solvit.* eamq; ob causam, quòd
† testamenti factio aut insinuatio jurisdictionis 11
sit voluntariæ, non contentiosæ, glos. *in l. testamenta, verb.solent. C.de testament.* infert Wesembec. *d. consil. 28. num. 24.* testamentum haud minus apud acta factum censeri, si factum sit extra locum judicii, atque si in illo factum esset, idemque docet *in paratit.ff.qui testament.fac poss. num. 10.* Atque ex hoc eodem argumento vulgò concludunt donationem † quæ sit ultra quingentos 12
aureos insinuari posse coram quocunque judice, & ubicunq; locorum, Jo. Andr. *in addit.ad Specul. de donat.§.porrò.* Imol. *in c.cum contingat, n. 93. de jurej.* Jul. Clar. *in § donatio.q.15 n.4.*

Nec obstare videtur, quòd testator voluntatem suam non declaravit verbis expressis heredem nuncupando, vel scripturam à se factam prælegendo, quoniam sicut † sufficit coram testibus 13
convocatis voluntatem testatoris declarari saltem implicitè, hoc modo, si manu sua scripturam habuit, & testatus est hanc esse suum testamentum, & se velle illud haberi pro ultima sua voluntate, *per doctrinam Bartoli in l. si ita scripsero, num.1.ff.de condit.& demonstrat. Bartol. Bald. Castrens. Salicet. & alii communiter in l jubemus, C. de testament. Castrens. consil. 414. num.3. vol.2. Dec. consil. 159. num. 2. & seq.* ita eadem ratione sufficere videtur, si testator apud acta dicat, scripturam, quam manu tenet, suum esse testamentum, etiamsi nulli adhibiti sint testes, nullæque solennitates observatæ, cùm à pari, ut dictum est, procedat testamentum coram septem testibus factum, & factum apud acta, & acta in hoc præstent id, quod in illo præstant testes, ut apparet *ex d.l.omnium, & d l.sancimus*, & Schurff *d. consil. 77.* & multò clarius ex his quæ tradit Wesembec. *d. num.10.* his verbis: Et sanè, inquiens, lex non postulat, testamentum apud acta publica, publicoq; loco fieri, sed tantum vult offerri, & quamvis privatim absolutũ insinuari, addens, id dicere esse æquius.

Atque id tantò magis hoc casu dicendum fuerit, quoniam testamentum, de quo quæritur, si non sustinetur in vim testamenti scripti, at saltem in vim testamenti nuncupativi sustinendum

Vu 2 vide-

14 videbatur. Testamentum enim † in scripturam
redactum, quod testator coram septem testibus
aut coram judice ostendens dicat illud esse ulti-
mam suam voluntatem, & se velle ut illud valeat,
atq; omnia eo contenta serventur, ratum esse ut
testamentum nuncupativum, idq; communiter
placuisse Doctoribus referunt Soarez *in thes. com-
mun. opin. lit. T. n. 13.* Jul. Clar. *in §. Testamentum,
quaest. 4. n. 3.* idq; procedere etiamsi schedula sive
scriptura demonstrata alterius quàm testatoris
manu descripta sit, existimarunt Castrens. *in l. hac
consultissima, §. per nuncupationem, nu. 3. C. de testa-
ment.* Jas. *in l. fin. nu. 15. C. de fideicommiss.* Natt. *in
authent. quod sine, n. 27. C. de testament.* Socin. Sen.
cons. 142. n. 6. vol. 1.

Ex quo traditum est, etsi scripto testamentum
comprehensum fuerit, tamen si non constiterit,
testatorem voluisse se adstringere ad formam te-
standi in scriptis, id quod non potest valere, ut te-
stamentum scriptum, ratum tamen sit & firmum
ut nuncupativum, Bart. *in l. fin. ff. de jure codic.* Jas.
in d. §. per nuncupationem, in fine, Castrens. *cons. 93.
vol. 1.* Alexand. *cons. 176. n. 5. vol. 5.* Wesemb *consil.
29. n. 21.* ubi dicit, non impedire, quod dicitur, in
testaméto nuncupativo nominandum heredem
& omnia patefacienda testibus, quia hoc verum
sit in testamento merè nuncupativo, secus in eo,
quod redigatur in scripturam, quia tunc sufficiat
implicitè voluntaté testibus significari scripturæ
inclusam, idemque multis probat & confirmat
Hartm. Pistor. *lib. 1. q. 1. nu. 10. & quaest. 2. nu. 12.* atq;
sic de consuetudine servari notum esse respon-
dit Wesemb. *d. nu. 21.* & licet nuncupativa testa-
menta in scriptis redigantur quotidie, illud ta-
men fieri non ad formam testamenti, sed ad pro-
bationem, *per gl. in d. §. per nuncupationem,* probat
Nicol. Bellon. *cons. 14. n. 2.*

Sed & clausúla codicillaris huic testamento
expresè adjecta reperitur, cujus effectum Do-
15 ctores extra controversiam ponunt, quòd † o-
mnem testamenti defectum, si quis est in solen-
nitatibus suppleat, & testamentum omni melio-
re modo valere faciat, ut si non sustinetur jure
testamenti, sustineatur saltem jure codicilli, *§. sed
& si quis. Instit. quib mod. testamen. infirm. l. postu-
mus, §. fin. ff. de injust. irrit. rumpt. l. si quis priore,
ff. ad Senatuscons. Trebell. Ruin. consil. 2. in fine,
& consil. 16. num. 1. vol. 2. & consil. 12. num. 14. & 15.
vol. 3.*

16 Tum verò aliâs etiam traditum est, omne † te-
stamentum præsumi solenne atq; validum *glos. in
l. 1. C. de fideicommiss. & in l. si post divisionem, &
ibid. Bartol. C. de jur. & fact. ignor. Alexand. in rubr.
ff. de oper. novi nunciat. num. 43. Bartol. in l. si scri-
ptum, C. de probat.* maximè ubi non est extrinsecus
vitiatum, vel aliqua in parte corruptum, ut in ca-
su proposito, *l. fin. ubi omnes, C. de edict. D. Adria.
tollend. Ripa in l. si quis ita, num. 18. ff. de verbor. ob-
ligat. Dec. in l. ex his, num. 6 ff. de testam. milit. Al-
ciat. in tract. de praesumpt. reg. 3. praesumpt. 35. & no-
vissimè Menoch. de praesumpt. lib. 4. part. 1. quaest.
9. & 10. Mascard. de probat. conclus. 1353.* Idq; ge-
17 nerale est in † quocunq; actu, ut valeat potius,
quàm ut pereat, *l. quoties. ff. de reb. dub. l. quoties,
ff. de verbor. obligat. l. quoties, ff. de regul. jur. Cra-
vet. consil. 52.* & hæc quidem præsumptio sive in-
terpretatio, quæ actum valere facit, aliis præfer-
tur, *Dec. in c. quoniam Abbas, num. 16. de offic. de-
leg. & in l. in contrahenda, num. 13 ff. de regul. jur. &
in l. si donatione, n. 2. C. de collat. Alciat. d. reg. 3. prae-
sumpt. 34 n. 1. Nevizan. lib. 6. sylva nupt. n. 47. vers.
item in dubio quod actus.*

Quam ob causam vulgò traditum est, ut † si 18
quædam videantur testamento favere, quædam
contradicere, prævaleant ea, quæ favent, & in du-
bio pro testamento potius, quàm contra illud ju-
dicandum sit, *per text. in l. si pars, in prin. ff. de inoff.
testament. l. in ambiguis, ff. de reg. jur. l. sunt personae,
ff. de relig. & sumpt. funer. c. fin. de sentent. & re ju-
dic. Mant. de conject. ultim. volunt. lib. 2. cap. 15.
num. 1. Socin. jun. consil. 179. num. 15. vol. 1.* ubi dicit
singularem opinionem, quæ sit pro testamento,
sequendam esse, & Cephal. *consil. 512. num. 8. vol.
4.* respondit, quòd in jure certum sit & ab omni-
bus receptum, quòd ex duabus opinionibus illa
prævaleat, quæ testamento favet, ideoq; semper
esse faciendam interpretationem, per quam te-
stamentum sustineatur, est textus *in l. cancellave-
rat, in fine, ff. de his quae in testament. delent. & in
l. si quis heredem, in fine, C. de institut. & substitut.*
ne propter subtilitatem vel inanem observan-
tiam judicia testantium defraudentur & irrita
reddantur, *l. quoniam indignum, C. de institut. &
substitut. l. cum antiquitas, C. de testament.*

Hinc est, ut † cùm pro testamento & ad ejus 19
favorem præsumptiones existunt onus proban-
di in contradictorem transferatur, *l. generali-
ter, §. si petitum, in fine, ff. de fideicommiss. libert.
Dec. consil. 400. col. 3. vers. & ratio manifesta, &
consil. 597. num. 4.* etiamsi probare deberet nega-
tivam, *idem Dec. in c. novit, de re judic.* ideoq; ubi
probationes in reprobando testamento sunt du-
biæ, stari instrumento testamenti favore ulti-
mæ voluntatis, respondit Sylvan. *consil. 54. num.
7. in fine,* quem refert & sequitur Bursat. *consil 311.
num. 47. vol. 3.* & difficilius testamenta, quàm
cetera instrumenta reprobari consuluit Curt.
Sen. *consil. 55. num. 25.* eumque secutus Bursat.
d. consil. 311. num. 36. Causa † enim testati uti po- 20
tior & favorabilior intestati causam penitus in-
ficit, *glos. Decius, Cagnol. & alii in l. quandiu, ff.
de regul. jur. Dd. in l. quandiu, la 2 ff. de acquir. vel
omitt. hered.* etiamsi heres in testamento non es-
set hereditatis totius capax, *Bald. & alii in l. an-
tequam, C. commun. de success.* & interest homi-
nis, honosq; heredis est & testantis simul dece-
dere potius cum testamento, quàm ab intesta-
to, *§. 1. Instit. qui manumitt. non poss. in princip.
Instit. de legat. l. & quia, ff. de interrogat. act.* pu-
bliceq; expedit suprema hominum judicia con-
servari & exitum habere, Nevizan. *consil. 25. num.
8.* dicens, quòd Reipubl. contraria & perniciosa
est subtilitas, per quam subvertuntur ultimæ vo-
luntates, idemq; censuit Catell. Cott. *in memora-
bil. verb. apices,* cùm scripsit, quòd pro justitia na-
turali semper est servare testamenta, maximè
quia testamenti nullitas censetur pœna testato-
ris, *l. fin. C. de postum. hered. institu. Corn. cons. 53. n.
3. vol 4.*

Neque exiguum momentum habere videtur,
quod Dominus testator hoc suum testamentum
fecit

fecit adhibito in consilium Jurisconsulto Docto-
21 re V. qui † scire præsumitur, quæ ad actus alicujus validitatem pertinent, *l. unica, C. de profess. lib. 12. Alciat. de præsumpt. reg. 3. præsumpt. 19.* & non scire duntaxat, sed observasse etiam præsumitur in dubio, quæ legitima sunt, atque adeò actus justus & legitimus, *Bologn. in auth. habita, C. ne filius pro patre, cum aliis relatis à Socino cons. 39. n. 39. notant omnes in l. cum quid, ff. de reb. cred. si cert. petat.*

Adhæc constat Dominum testatorem multos adhuc annos post testamentum cōditum vixisse, ut facilè ipsi fuisset condere testamentum aliud, si de testamenti à se facti validitate dubitari potuisset, quod cùm non mutaverit, voluisse dicitur hoc jam confectum valere. Ita simili in casu post alios scripserunt Jas. *in auth. ex causa, n. 25. C. de liber. præter.* Dec. *cons. 490. num. 7. & 8.* Socin. jun. *consil. 153. in fine, vol. 2.* Paris. *consil. 60. num. 15. vol. 2.*

Tantò verò minus in proposito de solennitatibus curandum esse videtur, quoniam ex testamento M. N. de voluntate ipsius satis superq; cō-
22 stat, quam † non minus ex testamento nullo probari, atq; probatur ex valido, textus est *in l. fin. ff. de reb. eor. & in l. legatum sub conditione. §. fin. ff. de adimend. legat.* Bart. *in l. gerit. ff. de acquirend. vel omitt. hered. & in l. in testamento, ff. de fideicomm. libert.* Curt. jun. *cons. 71. nu. 4. vol. 1.* Cravet. *cons. 856. n. 20. in fine.* Decian. *cons. 3. nu. 36. & cons. 37. nu. 30. vol. 1.* Cephal. *cons. 576. n. 11. vol. 4.*

Nihil autem est, quod magis hominibus debeatur, quàm ut supremæ voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, liber sit stylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium, *l. 1. C. de sacrosanct. Eccles.* eandemq; ob causam institutio heredum à M. N. facta si non directò, at saltem per indirectum in vim fideicommissi sustinenda videbatur, etiamsi testamentum ab ipso factum esset omninò nullum, maximè quòd ei apposita sit clausula codicillaris, & quidem per verba futuri temporis. Per clausulam enim codicillarem
23 † testamento adjectam institutiones heredum in vim fideicommissi ab intestato conservari, ita ut heredes scripti virtute illius clausulæ per indirectum bona hereditaria consequantur, quæ directò ob testamenti nullitatem consequi non potuissent, communem esse Dd. opinionem, multis ad id à se allegatis, testatur & confirmat Andr. Gail. *lib. 2. obs pract. 114. n. 1. & 2.*

Præsertim quòd non appareat quidquam, ex quo voluntas M. N. alicujus injustitię aut iniquitatis argui possit. Etsi enim heredes quosdam ab intestato alioqui successuros non instituerit, nōnullos etiam ex portionibus inæqualibus, id tamen in ipsius fuisse arbitrio, maximè quòd nullos alios quàm extraneos esset habiturus heredes, extra omnem est controversiam, cùm etiam agnatis cognatisq; pręteritis prorsus extraneum sibi heredem facere potuerit. Nam juris est ex-
24 pediti, quemlibet † esse rei sui moderatorem & arbitrum, *l. in re mandat. C. de mandat. l. 2. ff. de his qui sui vel alien. jur. sunt, l. per provincias, C. de ædif. privat.* & iniquum est hominibus ingenuis non esse liberam rerum suarum administrationem, *l. 2. ff. si à parent. quis manumis.* sicuti è contrario justum est unicuiq; sua committere. Atq; hinc inferunt Interpretes juris, dominii id esse propriū, ut quis rem alienare, atq; de ea pro libitu disponere possit, *Bart. in l. si quis, §. differentia, n. 4. ff. de acquir. vel amitt. possess. Bald. in l. fœmina, §. illud, C. de secund. nupt.*

Ceterùm alienationem & dispositionem hujusmodi nō inter vivos duntaxat, sed in quacunque ultima voluntate fieri posse, disertè affirmat Bald. *in d. l. fœmina,* ubi ait: & testandi, quem voluerit, liberam habeat facultatem, scilicet & inter vivos alienandi, tanquam rem propriam, ad quod textus est *in d. l. 1. C. de sacrosan. Eccles. & in auth. de nupt. §. disponat,* tantoq; facilius alienatio quæ in ultima fit voluntate permittitur, quàm ea quæ fit inter vivos, quantò † ultimæ voluntates 25
actibus, qui fiunt inter vivos sunt favorabiliores, *arg. §. fin. Instit. qui & ex quib. caus. Bursat. cons. 30. n. 57. vol. 1.* Wesembec. *cons. 50. n. 18. cum similibus.*

Verùm etsi quæ hucusq; pro validitate testamenti prætensi deducta sunt, maximi sint ponderis, circumstantiis tamen hujus negocii accuratius examinatis & ponderatis, censeo testamētum à M. N. factum de jure non subsistere, sed esse invalidum.

Ad hujus sententiæ confirmationem, non est quòd quidquam ex persona Dn. testatoris repetam, utpote quem omni tempore jus testamenti faciendi habuisse extra omnem controversiam positum sit: non etiam est dubium, quin res, de quibus disposuit, ipsius propriæ fuerint, ut nec ex hoc capite testamentum impugnari possit, cui consequens est, ut si hoc testamentum jure non subsistit, oporteat regulas juris, secundum quas testamenta sunt facienda, in eo condendo nō esse observatas.

Et sanè † nemo potest in testamento suo cave- 26
re, ne leges in suo testamento locum habeant, *l. nemo potest. ff. de legat. 1.* quoniam, ut Jurisconsultus ait, nec ex prætorio, nec ex solenni jure quidquam immutandum est privatorum conventione, *l. nec ex prætorio, ff. de reg. jur.* & juri publico, cujus est testamenti factio, *l. 3. ff. qui testament. fac. poss.* privatorum conventio derogare nequit, *l. jus publicum. ff. de pact. l. neq; pignus, §. 1 ff. de reg. jur.*

Jure autem † communi Romanorum, ac usu 27
considerato, inspectaq; testamentorum forma, duo sunt eorum genera, quorum unum est illud, quod in scriptis fieri dicitur, alterum quod appellatur nuncupativum, *Bursat. cons. 226. n. 3. vol. 3.* Wesemb. *in parat. ff. qui testament. fac. poss. nu. 3. Clar. in §. testamentum, quæst. 3. Venator. in analysi juris Pontificii, lib. 3. tit. 26. quæst. quotuplex est testamentum, Menoch. in præfat. lib. 4. de præsumpt. in princ.* atq; hæc duo testamentorum genera agnoscit etiam Azo *in l. testamenta, C. de testament.* ubi omnia, interpretatur, quæ in scriptis conduntur, & etiam sine scriptis, eundemq; ibidem in glossa secutus Accursius: & habet utrunque illud formam sibi à jure præscriptam, & id quidem, quod in scriptis fieri dicitur *in l. hac consultissima, in princip. & in l. jubemus, C. de testament.* nuncupativum verò *in §. fin. Instit. eod. & in d. l. hac consultissima, §. per nuncupationem, & in l. cum antiquitas, §. fin. & in l. fin. C. eod.* quarum † formarum al- 28
terutra in testamento condendo non observata, testamentum, quod factum esse dicitur, in jure

pro nullo, atque adeò non facto habeatur, per ea quæ tradunt Sichard. *in l. si unus, num. 2. C. qui testament. fac. poss.* Mynsing. *respons. 79. num. 2.* cùm idem sit testamentum omninò factum non esse, aut esse quidem factum, sed nulliter, *l. 1. in princip. ff. de suis & legit.* Cephal. *consil. 585. num. 23. vol. 4.*

Quod si igitur demonstratum fuerit, testamẽtum, de quo in præsenti est controversia, neq; testamenti scripti, neque testamenti nuncupativi formam habere, demonstratum utiq; erit & hoc, quod illi est consequens, nimirum testamentum illud pro testamento habendum non esse, atque adeò esse nullum & invalidum, ex sufficienti partium enumeratione earundemq; remotione, juxta topicam Nicol. Everhardi *a partium enumerat.* de qua Additionarius Portii *in pr. Instit. de obligat. quæ quasi ex contr. nasc. nu. 2.* & Cacheran. *decis. Pedemont. 29. n. 3.*

Et principiò quidem ad hujus controversiæ decisionem multum interest intelligere, utrum M. N. in scriptis, an verò nuncupatim testari voluerit. Complura autem sunt, ex quibus apparet hunc testatorem in scriptis testari voluisse; puta quòd scripto hanc voluntatem suam comprehendi voluit, quòd idem scriptum manu propria sigillo suo subsignavit, quòd idem per Doctorem V. subscribi voluit, quòd aliquoties id, quod in superioribus hujus scripti appellaverat suum testamentum, ordinationem & ultimam voluntatem, appellavit in subsequentibus scriptum sive scripturam, & quidem diese Schrifft / item, daß das jenig / was Schultheissen vnnd Schöffen verschlossen zugestellt / sein letzter Will vnnd Testament seye / auch diese Schrifft nicht zu eröffnen / etc. item, daß die einverwahrte Schrifft sein letzter Will / Testament vnnd Verordnung seye / mit bitt solch Testament / nimirum quod scripto comprehensum involutum erat, in die Gerichtskiste verwarlich einzulegen / etc. quòd originale apud acta retineri voluit, quæ omnia ejusmodi sunt, ut dubitandum non sit, quin M. N. voluerit in scriptis testari, & omninò etiam existimaverit se non nuncupare testamentum, sed in scripto condere. Atque has esse conjecturas atque argumenta voluntatis testatoris evidentissima apparet ex his quæ docet Cyn. *in d. §. per nuncupationem*, & *ibidem* Castrensis & Corneus. Idem Castr. *in l. heredes palam in princip. nu. 5. ff. de testament. & consil. 93. num. 9. vol. 1.* Alexand. *consil. 176. num. 5. & consil. 105. num. 5. vol. 7.* Ruin. *consil. 193. vol. 2.* Et

29 ratio est, quia † disponentis animus ex facto ipso declaratur, *l. Paulus, ff. rem rat. haber.* ideoq; cùm natura hujus facti conveniat testamento in scriptis, ex quo in testamento nuncupativo hæ solennitates non adhibentur, dicendum est testatorem voluisse testari in scriptis, quo pertinet *l. non codicillum, C. de testament.* ubi ex natura facti ejusque substantia arguitur testatorem voluisse condere testamentum, non autem codicillos cõficere, atq; hoc plenius explicavit Menoc. *de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 2. n. 7.*

Deinde cùm in facto certum sit M. N. voluisse esse secretam suam voluntatem, eamq; à nullo nisi post mortem suam cognosci, eo ipso in scriptis testari voluisse præsumitur, per regulam, qua dicitur, præsumitur † testari quem voluisse in scriptis, dum voluit secretam esse suam voluntatem, & à nullo cognosci, quam probant 30
Paris. *consil. 19. num. 1. & consil. 46. num. 1. vol. 3.* Ruin. *consil. 193. num. 10. vol. 2.* ubi dicit, quòd si testator testamentum scripsit, & illud non legit testibus, dicatur voluisse conficere testamentum in scriptis, ex quo formam ejus cepit observare, & *eodem loco* respondit, quòd si testator obtulit chartam, & dixit testibus, quòd illud suum esset testamentum, cõjectura sumatur, voluisse ipsum testari in scriptis, idemque sentit Natta *in repetit. d. auth. quod sine, n. 26.* refert & sequitur Menoch. *d. præsumpt. 2. n. 10. & 11.*

Tertiò ne semel quidem mentio fit testamenti nuncupativi, imò ne eo quidem loco, ubi à plerisque testatoribus ejus mentio fieri solet, nimirùm in appositione clausulæ salutaris, quod ipsum argumento est, voluisse testatorem in scriptis testari. Voluntatem † enim ex eo quod non 31
factum est declarari, textus est *in l. si peculium. §. sicut autem. ff. de pecul. leg.* sequitur Cravet. *consil. 91. num. 10. vol. 1.* Mascard. *de probat. conclus. 1415. n. 41. vol. 3.*

Non obstat in appositione clausulæ codicillaris adjici oder ander letzter Will / quia hæc alia voluntas ultima non est intelligenda de alia, quàm de scripta, eò quòd proximè procedit daß es doch als ein Codicill / & mox subsequitur, oder ander letzter Will. Codicillus enim † propriè non ali- 32
ter fit, nisi in scriptis, unde & nomen habet, Wesembec. *in paratil. ff. de jure codicill. num. 3.* At verò specie una qualificata posita, cui subjungitur genus, illud idem genus qualificatum intelligendum est, utpote quod speciei qualificatæ est propius, *juribus vulgatis.*

Nec refert quòd in inscriptione testamenti hæc verba leguntur, Er auch selbst solches Mündtlich zum offtermalen widerholet / quia præterquam, quòd hæc verba ad ipsam formam dispositionis non pertinent, jam ante ex Ruino, Menochio & aliis comprobatum est, etiamsi testator chartam offerat, & dicat testibus, quòd illud erat suum testamentum, per hoc non inducatur testamentum nuncupativum, sed adhuc conjectura sumatur, testatorem voluisse testari in scriptis, & ad hoc bonus est textus *in d. l. hac consultissima*, ibi, dum tamen testibus præsentibus testator suum esse testamentum DIXERIT, *& quæ sequuntur.* Hoc enim cùm pro forma in testamento etiam scripto requiratur, ut testator id DICAT, tantum abest, ut exinde arguatur testamentum esse nuncupativum, ut nisi illud ore ita proferatur, testamentum nullum sit.

Porrò cùm non sufficiat testatorem disponere hoc vel illo modo velle, sed necesse etiam sit, ut secundum legum præscriptum revera disponat, mox subit altera hæc quæstio: An M. N. quod voluit, idem etiam fecerit, hoc est, an testamentum illud in scriptis jure valeat, nec ne? Et ex ipsius testamenti inspectione apparet, quòd ea, quæ in testamento scripto de jure requiruntur, observata non sint. Ut enim alia omnia ad testamentum in scriptis necessaria hic adessent, palam

ilim tamen est, deficere huic scripturæ præcipuam hujuscemodi testamenti solennitatem in eo, quòd nulli testes sunt adhibiti, nulli subscri-
33 pserunt, aut sigillarunt, quod omninò † in hac specie ultimæ voluntatis est necessarium, *Bartol. Bald. Castrens. Faber. Jas. & communiter Dd. in d. l. hac consultissima*, & quidem est de essentia ac solennitate substantiali, *Bald. in l. si unus, num. 1. C. de testament.* videlicet ut septem testes unà cum testatore testamentum subscriptione sua suisq; signaculis confirment, *§. 1. Instit. de testam. ordin. d. l. hac consultiss. & ibid. latè Dd.*

Sed cùm hoc testamentum non subsistat ut testamentum in scriptis, dubitari possit, an non sustineatur in vim testamenti nuncupativi, quod multoties fieri suprà jurium & Doctorum autoritatibus comprobatum est. In hujus dubii resolutione attendenda est vulgaris illa Doctorum
34 distinctio, qua † testamentum nuncupativum aliud faciunt implicitum, aliud explicitum; & implicitum illud esse dicunt, quando testator refert se ad disposita in schedula à sese demonstrata; explicitum verò illud, quando testator cõscribi facit à notario testamentum, & ore proprio coram testibus & ipso notario nominat eum, quem heredem esse vult, atque explicat & manifestam facit coram prædictis voluntatem suam, quam distinctionem ex Bartolo, Socino & aliis *in l. si ita scripsero, ff. de condit. & demonstrat.* refert & sequitur Menoch. *consil. 313. num. 30. vol. 4.*

Quòd autem hoc testamentum ut nuncupatum explicitum non valeat per se ipsum satis patet, cùm nõ fuerit à testatore ore proprio expressum coram testibus nomen proprium heredis, ut requiritur ex dispositione *d. l. hac consultissima, §. per nuncupationem*, Castrens. *consil. 93. num. 4. vol. 1.* Paris. *consil. 46. nu. 9. vol. 3.* Wesembec. *consil. 29. num. 2. & seq.* sed neq; ut implicitum valet, quia relatio illa debet carere omni dubitatione, quod tum demùm contingit, si constet schedulam illam fuisse scriptam manu ipsiusmet testatoris, *Socin. in d. l. si ita scripsero, num. 2. Aretin in d. l. heredes palam, in princip. Jas. in d. l. hac consultiss. §. per nuncupationem. Paris. consil. 19. num. 36. vol. 3. Alexand. consil. 176 num. 6. vol. 5. Ruin. consil. 10. num. 7. & consil. 11. num. 6. vol. 3. Gozadin. consil. 3. num. 11. & seq. Rube. consil. 14. num. 5. & 8. & consil. 95. num. 5.* & quamvis nonnulli putent sufficere schedulam scriptam esse manu alterius, quàm testatoris, priorem tamen sententiam esse communem & receptam attestatur Menoc. *d. consil. 313. nu. 46. & 48.* & addit *nu. 47.* contrariam opinionem saltem intelligendam esse, quando indubitatè constat illam esse schedulam de qua testator sensit.

Etsi verò de fide atq; integritate Doctoris V. minimè dubitem, non tamen sine causa quis miretur, quid sit, quòd cùm Dn. testator manu sua dicatur huic suæ schedulæ sigillum suum apposuisse, non etiam idem hanc schedulam manu sua scripserit, aut si per chiragram id facere non potuit, saltem nomen suum subscripserit: item cur eo potius tempore, quo chiragra laboravit, hanc schedulam conscribi, & à Doctore V. subscribi curaverit, & non expectaverit eò usq;, quoad à chiragra si non omnimodam, at saltem aliquam remissionem haberet, ut ipse subscribere potuerit: item cur, cùm à tempore illo quo testamentum istud fecisse dicitur, adhuc per integrum decennium vixerit, intra quod sine dubio manuum suarum usum interdum habuit, non certius disposuerit: item cur potius apud judicem incompetentem, suoque statu longè inferiorem hanc schedulam deponi voluerit, præsertim cùm intelligam ipsum in K. domicilium consuetum non habuisse, aliorumq; judicum, quorum actis hæc omnia insinuari potuissent, copiam facilimè habere potuerit: item quòd eodem negocio ab iisdem ad se vocatis Scabinis ipsam schedulam sine ullo periculo subscribendam & obsignandam curare potuerit: item quòd schedulam ipsam præsentibus Scabinis non sigillaverit, & à Doctore V. suo nomine subscribendam curaverit, aut si schedulã ipsam remotis arbitris subscribi manu aliena, suoq; sigillo obsignari voluit, quid causæ fuit, ut minimũ chartam illam, cui schedula testamentaria inclusa fuit, in præsentia Scabinorum K. ostensa prius ipsa schedula testamenti ipsius, consignari, atq; ita consignatam deponi fecerit? Hæc enim omnia cùm nullo labore, etiam uno horæ quadrante coram ipsis Scabinis fieri potuerint, neque tamen facta sint, & verò in ceteris privatim actis fraus facilè committi potuerit, certè non constat indubitatè, quòd schedula illa, in qua M. N. ultima voluntas descripta dicitur, chartæ isti demonstratæ Scabinis inclusa, illa ipsa sit schedula, quam ipse obsignavit. Hoc autem nullo negocio indubitatum reddi potuisset, si ipse M. N. minimùm manu sua subscripsisset.

Accedit, quòd, ut dictum est, M. N. in scriptis testari voluit, quo † casu receptior est Do- 35
ctorum sententia, testamentum factum non sustineri in vim testamenti nuncupativi, quam communem esse attestatur Vasquius *de success. creat. lib. 2. §. 2. num. 12.* eamq; receptam dicit Menoch. *d. consil. 313. num. 37.* pleniusq; persequitur idem Menoch. *d. præsumpt. 2. num. 14. usq; ad finem.*

Non obstat, quòd prætenditur hoc testamentum apud acta factum esse, quod solennitatem ullam non desideret. Nam principiò nondum expeditum est, hoc testamentum apud acta factum esse. Tum demum enim † testamen- 36
tum apud acta factum esse intelligitur, si testator actis cujuscunque judicis aut municipum mentis suæ postremum publicavit judicium, prout ipse textus definit *in d. l. omnium*, quæ publicatio eadem est cum manifestatione, de qua *in d. l. sancimus.* Tantum autem abest M. N. mentis suæ judicium publicasse aut manifestasse, ut de contrario evidenter constet, quòd schedulam clausam & obsignatam Scabinis exhibuerit, nihilq; aliud ab ipsis petierit, quàm ut hoc suum testamentum in cista judicii deponerent & custodirent, quod certè non est testamentum condere, aut mentis suæ judicium manifestare, sed testamentum jam ante factum in locum tutum deponere. Cum igitur † defini- 37
tio testamenti apud acta facti à testamento M. N.

removeatur, ipsum utiq; etiam definitum ab eo removeri necesse est, per notata à Nicol. Everh. *in loco leg. a definitione, n. 2.*

Deinde si leges illæ, in quibus de testamento apud acta sive coram judice facto agitur, accuratius examinentur, constabit nullam aliam formã apud acta testandi ullo loco in universo jure nostro esse traditam, quàm eam, quæ fit per nuncupationem, & eam quidem non quomodolibet, aut relatione ad scripturam aliquam factam, sed ita declaratam, ut sive in scripturam redacta sit sive non, judex ejus, quod eo modo testari volens
38 disponit, notitiam habeat. Nam † ita *in d. l. omniũ*, testamentum coram Principe factum, quod disertè cum eo, quod fit apud acta, comparatur, insertum quidem est precibus, quas tamen constat non haberi in abscondito, sed Principi legendas exhiberi, &, ut textus loquitur, Principis auribus intimari, idq; ibidem omnium testamentorum solennitatem superare dicitur hac ratione, quod conscientiam Principis teneat, factumq; sit inter tot nobiles probatasq; personas, atque in eodem textu heredes ita coram Principe designati expressè opponuntur heredibus scriptis, quibus aliâs nulli alii, quàm nuncupati opponi solent: & mox Imperatores ibi omnibus, quibus testandi facultas suppetit, præstant, ut libero arbitrio successorem suum oblatis precibus declarare possint, quam declarationem accipiendam esse de nuncupatione arguunt verba mox insequentia: *Nec institutus heres pertimescat, cùm oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare.* Similiter *in d. l. sancimus*, nulla scripti fit mentio, sed omnia nuncupatione, quæ fit voce, significant, & quòd Justinianus ait: *Sin autem testator tantummodò dixerit*, mox cum de actis loquitur, ait: *Inter acta manifestaverit.* Nam quod *in l. testamenta, & in l. consulta, C. de testam.* de testamentorum publicatione dicitur, id ad testamenti apud vel inter acta factionem ejusvé formam non pertinet, sed ad testamentorum omnium quomodocunque factorum publicationem. Non solùm autem omnes illarum legum circumstantię hanc verborum illorum interpretationem evincunt, sed & vulgata ista regula, qua traditur, verba in fortiori significatione esse accipienda. Nemo autem dubitaverit, verba hæc, *publicare, manifestare, voluntates audire, successorem designare, successorem declarare, dicere, & similia*, fortius significare, si id quod agitur verbis & factis exprimatur, ut & alii coram quibus id agitur, illud ipsum, quod agitur, penitus sciant, & eorundem conscientiam teneant. At verò in casu proposito nullam ejusmodi publicationem, manifestationem & declarationem factam esse, res ipsa loquitur, cui consequens est testamentum hoc non esse à testatore M. N. factum secundum leges, atq; adeò nullum esse.

39 Quando † enim aliquid pro forma requiritur, id in forma specifica impleri debet, notatur *in l. Gallus, §. & quid si tantum ff. de liber. & posthum.* faciunt notata ad Bart. *in d. l. si ita scripsero, in verb. & facit ad quæstionem.* Wesembec. *consil. 1. num. 9.* quod nisi fiat, actus nullus est, *c. fin. de sentent. & re judicat.*

Nec tanta apud me est Doctorum autoritas, ut per eam à textibus me abduci patiar, præsertim cùm sine textu & ratione contra textum loquuntur, *per tradita in l. illam, C. de collat.* atq; in ceteris etiam, quæ ad intelligendam naturam testamenti apud acta facti pertinẽt, ipsos minus consideratè interdum & superficialiter locutos esse animadverti, ut nõ tam quid ipsi senserint, quàm quid Imperatores in constitutionibus suis statuerint, attendendum sit.

Tertiò apparet ex actu coram Scabinis K. gesto, non fuisse animum M. N. coram Scabinis testamenti condendi, sed testamenti à se conditi insinuandi, seu potius deponendi, qui duo actus diversi sunt, sicuti aliud est donare, aliud donationem factam insinuare. Neq; enim dixit M. N. se eo actu testari, sed scripturam istam suum esse testamentum, ordinationem & ultimam voluntatem, seq; rogare, ut in depositum accipiatur: quæ verba testamentum jam conditum præsupponunt. Et sanè nullo juris textu probari potest insinuatione nuda testamenti quem testamentum condere, aut eum modum seu formam esse testamenti condendi legitimam. Quam ob causam neuter actus valet: actus quidem testamenti conditi non valet, quia non est factus apud acta, & solennia testamentorum deficiunt: actus verò testamenti insinuandi non valet, quia insinuatio præsupponit testamenti validitatẽ, quæ cùm nulla est, etiam insinuatio nulla est. Nec dici potest utrunque hunc actum esse conjungendum, qui uterq; per se solus nullus sit, conjunctus valeat, quia regula est, quòd † omne testamentum 40
uno eodemq; contextu expediri debeat, quod si non observetur, testamentum nullum sit, *d. l. hac consultiss. in princ. & in §. per nuncupationem*, quæ regula cùm nusquam reperiatur etiam in hoc testandi genere sublata, hoc casu etiam meritò locum suum obtinebit.

Quartò etsi haud diffitear licere testatori apud acta testamentum conficere per scripturam, atq; si nullum scire vult, quæ in eo scripta sunt consignatam, vel ligatam, vel tantùm clausam involutamq; proferre scripturam, illud tamen certum est, quòd † tunc acta sint loco testium, ut multis 41
deducit Schurff. *d. cons. 77. n. 1. & 2.* At eo casu, quo quis coram septem testibus testamentum facit, necesse est, ut ipse testator in præsentia illorum testium in eodem actu testamentum subscribat, aut si literas ignoret, adhibito octavo teste per eundem suo nomine id subscribi curet, ut est textus *in d. l. hac consultiss. in princ.* Cùm igitur nusquam expressum sit, hanc subscriptionis solennitatem sublatã, omninò ea in testamento, quod apud acta fit in scriptis, custodienda fuerit. Nam quòd † nonnulli censent, in testamento apud a- 42
cta facto omnes solennitates cessare, id nullo juris textu comprobari potest. Quòd enim ad hoc allegant *d. l. omnium*, in eo decipiuntur, quia Imperatores non dicunt omnes solennitates testamentorum superare testamentum corãPrincipe factum, sed omnium testamentorum solennitates superare, &c. & ibidem in textu observãdum, hoc ipsum Imperatores non simpliciter & sine exceptione asseverare, sed videri superare, &c. ipsaq; verba, *d. l. omnium, & d. l. sancimus*, satis significant in illis de sola testium solennitate, & non

non de alia agi, ut non sine causa Imperatores non dixerint Solennitates, sed in numero singulari, Solennitatem, nimirum quam in testibus rogandis, eorundem numero & qualitate, subscriptionibus, sigillationibus, & si quæ sunt ejusmodi alia, adhiberi oporteat. Imò verò sunt non pauci magnæ autoritatis Jurisconsulti, qui etiam in testamento apud acta facto testes necessarios esse existiment, ut paulò pòst dicetur. Itaque ne sic quidem testamentum M.N. sustinebitur, cùm nec ipse, nec alius ipsius nomine apud acta testamentum subscripserit. Nec relevat, quòd Doctor V. testamentum subscripsit, quia subscriptionem apud acta factam oportuit, sicut eam fieri oportet coram testibus ipsis, si extra acta testamentum fiat in scriptis: deinde uno contextu testamentum fieri oporteat, etiam id quod fit apud acta, quem divellet, qui dixerit testamentum jam antequam apud acta quidquam ageretur à Doctore V. subscriptum, denique in forma etiam subscriptionis peccatum est, ut constat ex his quæ respondit Rol. à Valle *consil. 36. vol. 1.* & post eum Menoch. *d. consil. 313. n. 24.*

Quintò, neq; dum usquequaq; expeditum est, an in condendo testamento apud acta testes necessariò sint adhibendi, nec ne. Nam in hoc etiã testamento testes esse adhibendos *in d. l. omnium*, notavit Azo, ubi dicit, ex hoc videri, quòd solus Imperator non sufficeret, quod sit verum, licet quidam contradicant, atq; ita post Azonem etiã tenuit Accursius *ibidẽ in glossa*, quam sequuntur Bart. *n. 1.* Bald. *n. 3.* Angel. Salicet. & Alexan. quam communem esse, à qua in cõsulendo & judicando recedendum non sit testatur Socin. jun. *consil. 138. n. 10. vol. 1.* Couvar. *de testam. part. 2. nu. 2. vers. imò testamentum factum.* Laur. Kirchov. *in thes. commun. opin. lit. T. verb. testamentum coram Principe.* Jul. Clar. *in §. testamentum, q. 56. n. 7.* eandemque secutus videtur Wesemb. *in paratit. ff. qui testam. fac. poss. n. 10.* Atq; hæc sententia disertè probari videtur per textum *in d. l. omnium*, in qua nõ simpliciter dicitur, omnium testamentorum solennitatem superare videri, quod insertum mera fide precibus conscientiam Principis tenet, sed expressè additur, *inter tot nobiles probatasq; personas etiam conscientiã Principis tenet.*

43 Dictio † enim *etiam* est implicativa, ut scribunt Dec. *in l. qui se patris, n. 11. C. unde liber. & consil. 466. n. 17.* Soc. jun. *consil. 30. n. 41. vol. 1.* Crav. *consil. 294. n. 7.* ubi dicit, dictionem Etiam augere dispositionẽ cui adjicitur, Decian. *consil. 17. n. 9. vol. 1. & consil. 46. n. 118. vol. 2. & consil. 64. n. 31. vol. 3.*

44 Cùm † igitur glossæ autoritas per se ipsam magna sit, tum verò tantò magis est attendenda, cùm ipso etiam juris textu nititur, & glossam ceteris autoritatibus præferri, tradunt Bartol. & alii communiter *in l. ut vim, ff. de justit.* à qua in consulendo aut judicando non est recedendum, *Schenc Baro in virid. concl. 50 tom. 1. Bald. in c. 1. de nat. success. feud.* ubi ait: Ego in dubiis opinionibus multum sequor opinionẽ glossæ ordinariæ, quia non possum adhærere meliori, & Salic. *in l. licet, col. 2. C. qui pot. in pign. hab.* scribit: Adverte pro DEO tu qui practicas, & habes judicare & cõsulere, quia de facili nõ debes à glossa recedere, idemq; Salic. *in l. 2. C. de sentent. quæ sine cert. quant. prof.* dicit, quòd sicut qui nescit equitare, se tenet ad arzonum, ita judex se debet tenere super opinione glossæ, & latius Rol. à Valle *consil. 94. n. 25. vol. 1. & consil. 14. n. 39. & seq. vol. 3.* idq; adeò verũ est, ut si † glossa sit contra communem, 45 illam huic præferendam voluerint Felin. *in c. 1. n. 54. limit. 2. de constitut.* Purpurat. *in l. si idem cum eodem, §. si una actio, nu. 13 ff. de jurisdict. omn. judic.* Duen. *reg. 407. incip. glossa opinio, num 3.* qui plures allegat.

Et verò tantò magis hoc casu glossæ standum esset, etiamsi nullo juris textu niteretur, quia fundata est super indubitata illa juris regula, quòd † in omni testamento testes necessariò sunt 46 adhibendi, *Wesemb. d. n. 10. vers. etsi autem regulariter.* At † qui regula nititur, pro illo res dicitur 47 esse certa, *Bartol. in l. quoties, ff. si quis caution. Panor. in c. ad nostram, & in c. consuluit, el. 1. de appell. Dec. & Cagn. in l. 1. ff. de reg. jur.* & qui regulam pro se habet, jus certum habere dicitur, ut post alios docent And. Gail *2. observ. pract. 150. n. 3.* Corat. *de commun opin. lib. 2. c. 9. n. 105.* imò regula idem est, quod jus, ut voluit idem Corat. *d. c. 9. n. 31.* ideoq; pro eo, utpote intentionem fundatam habente pronunciandum esse, nisi ex adverso probetur contrarium, ait Bald. *in l. si inter, C. de comm. serv. manumitt. & in c. 1. col. 2. de alien. judic. mut. caus. fact. cum similibus, de quibus Signorol. consil. 22. n. 9. Dec. consil. 552. n. 2.* Contrarium † autem hoc casu 48 nostro nullo juris textu probari potest. Nam tãtum abest ut *ex d. l. omnium*, probetur, testamentum coram Principe vel apud acta fieri posse testibus nõ adhibitis, ut ex illa ipsa lege potius probetur, testes in hoc etiam testamento omninò adhibendos esse. Textus autem *in d. l. sancimus*, non loquitur simpliciter de testamenti factione, sed de testamenti jam ante solenniter facti revocatione, quæ valeat non tantùm si solenniter illa facta sit, sed etiam facta corã tribus testibus duntaxat, vel inter acta, modò tamen ab eo tempore decennium emensum sit, & quidem utroq; casu. Sensus legis est, testamentum prius factum tolli vel alio testamento legitimè facto, vel non facto alio; quomodo glossa eamq; secuti Doctores interpretantur, atq; si aliud testamentum non fiat, Justinianus constituit revocari posse prius testamentum etiam corã paucioribus, quàm septem, nimirum coram tribus testibus, item posse hoc fieri non adhibitis testibus inter acta: sed nec tres testes solos, nec sola acta sufficere, ut testamentum legitimè factum revocatum intelligatur, nisi accesserit lapsus decennii. Quod si acta per se sola sufficiunt in faciendo testamento, non video, quid causæ sit, ut ipsa etiam sola non sufficiant in revocando testamento, sed præterea requiratur lapsus decennii, cùm nihil tam sit naturale, quàm ut quo quidq; modo colligatum est, eodem etiam dissolvatur, *l. nihil tam naturale. ff. de regul. jur.* & rationes, quæ ab Interpretibus in medium afferuntur, cur testamentum apud acta valeat, nullis ad id rogatis testibus locũ etiam habeant in revocatione testamenti, ut quemadmodum illud sine testibus valet, ita etiam revocatio sine testibus procedat, & rursus quemadmodum illud quamprimum valet, non expectato aliquo temporis, & quidẽ integri decennii cursu, ita revocatio etiã quamprimum valeat, non expectato

decennii

decennii lapsu. Atqui cum revocatio inter acta facta non valeat ex eo quòd apud acta facta sit, ita nec testamentum apud acta valebit ex eo, quòd apud acta factum sit, sed ut in illa, ita in hoc etiam desideratur aliquid amplius. Quid autem illud sit, ex hoc ipso textu satis apparet, nimirum legitimus numerus testium. Ita enim acta opponuntur testibus tribus non septem in testamento cōficiendo necessariis. Sanè si coram legitimo septem testium numero testator voluntatem suam de revocando testamento à se facto declaraverit, non esset opus ad confirmationem hujus revocationis expectare, quoad decennium effluxisset, per tradita à Baldo *in d. l. sancimus, n. 2.* ex quo fit, ut eadem ratione, si apud acta adhibiti fuissent testes, lapsum temporis omnis hæc revocatio nō desideraret, ut ita quod actui revocationis deest ratione testium, eorumq; numeri, id per tempus suppleri necesse sit. Cùm igitur ex textu *d. l. omnium, & d. l. sancimus*, Interpretes sententiam suam de testibus testamento apud acta non adhibendis stabilire nequeant, neq; verò ulli sint alii in universo corpore juris, ex quibus eam stabilire conentur, omninò puto regulæ supra dictæ inhærendum, atq; secundum eam pronunciandum esse, non obstante autoritate eorum qui cōtrarium

49 tenuerunt. Textus † enim juris omnium autoritatem superat, & glossam communi etiam Doctorum opinioni præferendam paulò antè dictum est, & verò non minus communis esse dicitur, eorum qui testes requirunt, ut ex Socino, Couvar. & Claro relatum est, cui Bartolus & Baldus etiam suffragantur inter ceteros Jurisconsultos autoritatis maximæ, nec pauciores erunt, si numerentur, qui hanc amplectuntur, quàm qui illam secuti sunt, nec verum est illam veriorem esse, cùm textibus juris minus quàm hæc sit con-

50 sentanea, & regula sit Doctorum, † dicta debere intelligi secundum leges sive jura ab ipsis allegata, *juxta Bartol. in l. non solùm, §. si liberationis, ff. de liber. legat. & in l. cum quidam, ff. de his quib. ut indign.* Tantum autem abest, ut *d. l. omnium, & d. l. sancimus*, quam utranque Dd pro confirmatione suæ opinionis allegant glossæ, Bartoli, Baldi, & aliorum sententiæ obstet, ut in hac ipsa ipsi etiam eam fundent & stabiliant.

Hisce accedit, quòd hanc sententiarum pugnantiam alii conciliendam putant, & ex his nōnulli ita, ut si in ipso judicii loco testamentum fiat, testes necessarii non sint, si extra illum, fortasse domi testatoris, sint necessarii, ut sensisse videtur Bursat. *consil. 307. num. 113. & seq.* quidam ita, ut apud judicem majorem non sit opus testibus, apud minorem opus sit, ut Rol. à Valle *cons. 70. n. 28. vol. 1.* Socin. jun. *d. cons. 138.* Tob. Non. *in §. sed hæc quidem, in gloss. verb. septem testibus, versic. tertiò limitatur, in fine*, quibus addi possit, quod fortè aliud sit, si testamentum fiat, ut tum testes adhiberi necesse sit, aliud si testamentum legitimè factū actis insinuetur, ut hoc casu necesse nō sit. Quòd

51 si † nunc ea sequenda foret opinio, quæ rem distinctione conciliat, & sic in suis casibus diversas & sibi contrarias opiniones recipit, quod sepius fecit Justinianus noster in conciliandis veterum Jurisconsultorum dissensionibus, quomodo etiā Ulpianus concordavit opiniones Labeonis & Octaveni sibi contrarias *in l. item videndum, in princip. ff. de petit. hered.* & Gajus opiniones Proculi & Sabini *in l. adeò, §. cum quis, versic. & tamen media sententia, ff. de acquirend. rer. domin.* facit gl. *in c. querente, de offic. deleg.* & notatur *in l. 1. C. de inoffic. dot. & in c. literas, de restitut. spoliat.* Roch. de Curte *in repetit. c. fin. num. 191. de consuetud.* Jos. Ludov. *decis. Perus. 72. num. 10.* Cacheran. *decis. Pedamont. 21. nu. 16.* Corat. *de commun. opin. lib. 1. tit. 6. num. 80.* nullo casu testamentum M. N. sustinebitur, ob non adhibitos testes, quia nec in loco judicii, sed domi ipsius intra privatos parietes, nec coram judice majore sed minore factum est, & quia non est conditum apud acta, sed actis tantùm insinuatum, imò ne insinuatum quidem, sed duntaxat depositum.

Atque hæ circumstantiæ faciunt, quò minus huic sententiæ adversetur assertio † Mynsingeri, 52
cent. 6. observat. 29. num. 5. dicentis hanc sententiam, quòd testamentum confectum coram judice, seu actis cujuscunq; judicis insinuatum valeat absque testibus, nec ulli tali casu testes requirantur, Cameram olim secutam esse, quæ usu quoq; & in practica passim servetur: Nam Mynsingerus causam, in qua Camera sententiam illam secuta sit, non exprimit, multò minus causæ istius circumstantias enumerat, cùm tamen vel minima circumstantia sepenumerò jus variet, ideoq; præjudicia † Cameralia, quæ à Gailio, Mynsingero 53
& aliis allegantur, non tam facilè trahenda sint ad exemplum, præsertim in controversiis perplexis, & multiplicem distinctionem habentibus. Neq; rarum est, ut ipsi Domini Assessores Cameræ Imperialis à præjudiciis suis recedant, cujus exempla ex observationibus Cameralibus allegari possent, nisi id quotidiana doceret experientia. Huc pertinet vulgatum illud, quo dicitur: Non † exemplis judicandum esse, sed cujus- 54
que causæ momenta consideranda & ponderanda, atq; ex his judicandum esse. Nec audet Mynsingerus affirmare, sicuti etiam affirmare nō potuit, per universam Germaniam eam sententiam usu & in practica servari, cum fieri nequeat, ut usus & practica universæ Germaniæ, præsertim in his quæ ad causarum decisionem pertinent, ulli Jurisconsulto, quantus quantus etiam ille sit, sit cognita & perspecta.

Sextò, sed ne † hoc quidem extra controver- 55
siam est, an testamentum apud acta factum dicatur, quod factum est coram judice ejusq; Scabinis non in loco judicii, sed domi testatoris. Acta enim non constituuntur à sola persona judicis, nec à solo loco, in quo exercentur, sed ab utroq; conjuncto: & certè vulgatus loquendi usus, quin ipsa etiam verborum proprietas arguit, quod fit domi alicujus, non fieri apud acta, seu, ut Justinianus *in d. l. sancimus*, ὑπομνηματικῶς loquitur inter acta. Et quòd non sufficiat judicis sive magistratus præsentia, sed locus etiam judicii in condendo testamento apud acta desideretur, expresserunt ipsi Imperatores *in d. l. omnium*, dum non contenti dicere, *qui cuicunq; judici*, addunt *actis cujuscunq; judicis*, cùm tamen illud dicere esset facilius, & facilius etiam intelligeretur: unde colligitur *acta* opponi *judici*, atq; adeò *locum* nimitum judicii *persona* judicis, eamq; ob causam acta

magis

magis propriè significare locum ipsum, in quo res aguntur, nunquam personam solam. Quo pertinent, quæ in casu non omninò absimili respondit Bursat. *d. conf. 307. nu. 85.* his verbis: Judex dicitur intervenire tanquam privatus, nisi sedeat pro tribunali, aliàs ejus autoritas interposita non operaretur, nec in actu voluntario, nec in necessario, ubi requiratur autoritas judicis. Ex quo ap-
56 paret † erroneam esse Wesembecii sententiam, qua *d. nu. 10.* affirmat legem non postulare testamentum apud acta publica publicoq; loco fieri, sed tantùm velle offerri, & quamvis privatim absolutum insinuari, ad id allegata *d. l. omnium, l. 2. l. consulta, & l. testamenta, C. de testament.* Contrarium enim ex illa ipsa *d. l. omnium*, manifestè constat, & suprà demonstratum est, aliud esse testamentum facere, & aliud testamentum factum insinuare, & testamentum si ante factum sit, si non sit factum legitimè ex insinuatione non confirmari, & insinuationem esse modum seu formam testamenti faciendi, ne uno quidem juris apice comprobari potest. In illis autem legibus in quibus mentio fit insinuationis, ut *in d. l. consulta*, hoc agitur, ut ostendatur apud quem magistratum testamenta aperiri possint, quam testamenti apertionem aliam esse à testamenti factione nemo intelligens negaverit, atque ita etiam *d. l. 2. & d. l. consulta*, non de testamenti factione, sed de testamenti jam facti publicatione, id est, apertione loquuntur, ut mirari satis non possim virum alioqui ut doctissimum ita diligentissimum leges istas tam ineptè ad propositum suum allegasse, cùm illis ipsis legibus ipsius sententia evidentissimè subvertatur. Sanè si non loco publico testamentum faciendum est, ut apud acta factum dicatur, sed illud offerri sufficit judici, quid est, quòd actorum mentio tam solicita facta est? cur non potius in Constitutionibus *d. l. omnium*, dicitur *judici*, quàm *actis cujuscunque judicis*. & cur non potius *in d. l. sancimus*, dicitur *per judicem manifestaverit*, sicuti antea dixerat *per testes non minus tribus, quam inter acta manifestaverit?* Si etiam domi privatim absolutum offerri postea judici sufficit, quæstio est, quo loco & ubi offerri debeat judici? si ubivis locorum quis dicat, responsio in promptu est, at hoc non esse manifestari inter acta, item hoc non esse, publicari actis judicis: si in loco publico quis dicat, responsio itidem in promptu est, at hoc id ipsum esse quod urgebamus, atq; tum ex sententia etiam ipsius Wesembecii testamentum, de quo est controversia, non esse validum, quippè quod non inter acta & in loco publico, sed domi Dn. testatoris oblatum sit. Rursus si privatim absolvi potest testamentum & actis insinuari, eoque insinuato testamentum illud apud acta factum dicendum est, sola testamenti insinuatio testamentum faciet: At hoc nulla lege aut textu probari potest, & ratio ipsa dictat aliud esse testamenti factionem, aliud testamenti insinuationem, siquidem insinuatio testamentum factum præsupponit, testamentum autem effectum est testamenti factionis, cui consequens est, ut hoc testamentum privatim factum, &, ut loquitur Wesembecius, absolutum non fiat apud vel inter acta, sed apud vel inter acta jam ante factum insinuetur. Quod si jam antè factum est; solennitates à jure requisitas adhiberi oportuit: atque ita iterùm ex hoc etiam capite M. N. testamentum ob defectum solennitatum nullum est atque invalidum. Si quis objiciat, conjungendum esse tempus testamenti absoluti, & tempus testamenti insinuati, eum refellet regula in testamentis condendis notissima, Testamentum nisi uno eodemque contextu fiat, nullum esse, *vulg. l. cum antiquitas, C. de testament.* Si solum insinuati testamenti tempus spectandum dicas; jam necesse est, ut insinuatio testamentum faciat, quod in jure falsum est, fateri etiam oportet ante insinuationem testamentum non fuisse. At tum qua forma testamentum nuncupari debeat, *supra ex d. l. omnium, & d. l. sancimus*, demonstratum est, quæ ejusmodi est, ut cum specialis sit hic casus & à jure communi exorbitans, per æquipollens impleri non possit: quæ forma cùm notoriè in hoc testamento M. N. observata non sit, id ex hoc etiam capite manifestò nullum reddit & invalidum. Qua forma itidem testamentum scribi debeat, ostensum est, quæ eadem etiam cùm observata non sit, cùm M. N. coram actis sive judice & Scabinis testamentum suum non subscripserit, itidem ex hoc capite liquidò apparet, testamentum M. N. nullum esse & invalidum.

Non igitur obstat quod de testamento nuncupato, item de testamento scripto, quod valeat in vim nuncupati inter dubitandi rationes suprà movebatur, quia nuncupationi testamenti apud acta peculiaris forma præscripta est, quam hic testator non observavit. Deinde quia non fuit animus testatori testamentum nuncupandi, sed in scripto conficiendi, ex suprà deductis in vim nuncupati sustineri non posse, satis manifestum evadit.

Quod ad clausulam codicillarem attinet, non est dubium, ejus vim atq; effectum M. N. ut viro militari & jurium ignaro incognitam fuisse, ut † admodum sit verosimile, eam appositam esse 57
ex capite non M. N. testatoris, sed Doctoris V. quem in cosilium adhibuit, quo casu hanc clausulam nihil operari tradunt Bart. *in l. 1. nu. 10. ff. de jure codic.* Socin. sen. *conf. 93. n. 27. vol. 4.* Dec. *conf. 394. n. 8.* Socin. jun. *conf. 153. n. 4. vol. 2.* Grammat. *decis. 62 nu. 22.* communem dicit Curt. jun. *conf. 101. col. fi.* & alii quos refert Ant. Gabr. *lib. 4. concl. 18. vers. contrarium*, qui *in fine* dicit, quòd contrariũ intelligi debeat, ubi clausula codicillaris fuerit lecta corã testatore, & ei declarata, ubi sumus in testatore imperito, qui ex sola lectura non intelligeret vim illius clausulæ, tametsi ut maximè ex sententia & voluntate testatoris esset apposita, nihil operaretur, cùm etiam forma ad codicillos requisita deficiat, *l. fin. C de jure codicill.*

Non etiam obstat præsumptio, quæ est pro solennitate & validitate testamenti, quia manifestò apparet M. N. testamentum non habere ea, quæ à jure requiruntur. In dubio † enim verum 58
est pro testamento præsumi, non etiam in certo, *Bartol. & Bald. in l. post divisionem, num. 2. C. de jur. & fact. ignor. Dec. in l. in contrahenda, num. 15. ff. de reg. jur. & conf. 11. num. 8. Cephal. consil. 138. n. 11. vol. 1. Mantic. lib. 2. de conject. ultimar. volunt.*

volunt.tit.9.num.1.Alciat.de præsumpt.reg.3.præsumpt.34.num.3.Menoch.de præsumpt.lib.4.præsumpt.10.n 18.& seq. Mascard.d.concl.1353.in fine, facit quod scribit Dec.*in c.in præsentia,num.14.de probat.* quòd præsumatur pro actu ejusq; validitate, si habeat formam debitam, *& latè Menoch. de præsumpt.lib.6.præsumpt.4.n.43.& seq.*

59 Similiter † in dubio procedit, quod dicitur Jurisconsultum esse adhibitum, ideoq; præsumi ab illo, ut artis testandi perito omnia esse observata. At ex inspectione testamenti & suprà deductis manifestum est, ea quæ ad testamentum hoc faciendum de jure desiderabantur non esse observata, *faciunt notata à Dd.in d. l. cum quid.ff.de reb. cred.si cert.petat.*

Quod M.N.testamentum suum non mutavit, ex eo illud validius non redditur, sicut enim tempus non est modus testamenti condendi, ita cursus temporis testamentum, quod ab intio nullum erat, non reddit validum, ut notant communiter *Dd. in d. l.sancimus.*

Neque satis est quem quid velle, nisi etiam revera de voluntate sua testetur. Tum demùm autem quis testari dicitur, cùm testatur secundum dispositionem legum, quod in proposito factum non esse in superioribus abundè comprobatum est.

60 Postremò, quod † de fideicommisso dictum est, in eo viros doctissimos sepè decipi dicit Dec. *in l.precibus,nu.11. C.de impub.& al.substitut.* cùm
61 † voluntas ultra extendenda non sit quàm est declarata, *Socin.jun.cons.181.num.79.vol.2.Dec.cons. 205.n.9.& cons.248.n.7.& cons.292.n.4.Rube.in l. Gallus,§.quidam rectè,nu.18.ff.de liber.& posthum. Riminald.jun.cons.50.num.66.& seq.vol.1.Alciat. cons.548.n.4.*

SECUNDÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

SEd nunc subit quæstio altera, cùm testamentum de quo quæritur nullum sit, id verò quod
62 † nullum est perinde habeatur, atq; si nunquam esset factum, *l.quoties.ff.qui satisd.cogant.l.non putavit,§.non quavis,ff. de bonor.possess.contra tabul.* quid faciendum sit nobilibus consulentibus, ut portiones suas hereditarias ab intestato sibi debitas consequantur. Testamento enim nullo res ad intestati causam redit.

63 Et quidem † inter alia juris remedia ad hereditatem consequendam comparata, duo sunt potissima, de quibus alterutro in casu proposito agi potest, petitio nimirum hereditatis, & interdictum quorum bonotum. Utrunque enim illud heredi, sive ex testamento, sive ab intestato veniat, datur non solùm contra possidentem pro possessore, hoc est, qui nullum suæ possessionis titulum allegare potest, nisi quia possidet, sed etiam adversus possidentem pro herede, hoc est, eum qui putat se heredem, cùm non sit, sive bona fide se heredem credat, sive etiã mala fide sciens se heredem non esse, heredem tamen se contendat, *l.1.l.2.l.regulariter,ff.de petit. heredit.l. hereditatis petitionem,C.eod.l.pro herede,in princ.ff.de acquir.vel omit.hered.l.1.in fine,ubi Bart. C.quor.bonor.Corn.cons.214.n.7.vol.3.*

Utroque etiam hereditas non modò in solidum, sed etiam pro parte peti potest, *l.1.§.1.ff.si pars heredit.petat.l.si quis servum,§.fin.ff.de legat. 2.Rol.à Vall.cons.1.num.11. vol.1. Schurff.cons.96. n.28.cent.1.*

Et quamvis interdictum quorum bonorum principaliter indultum sit iis, qui jure prætorio ad bonorum possessionem veniunt, legitimis tamen heredibus, qui videlicet jure civili ad hereditatem admittuntur, non denegatur, ut constat *ex l.1.C.quor.bonor.* Nam prætoris non fuit à suo beneficio excludere legitimos heredes, quorum eadem, vel etiam major esset ratio, ut ait Oldendorp. *class.2.actione 1.*

Etsi verò † extra controversiã sit remedia pos- 64
sessoria, inter quæ est interdictum quorum bonorum, petitoriis esse salubriora, *l.qui destinavit, ff.de rei vindicat.l.ordinarii, C.eod.l.incerti, C.de interdict.* in casu tamen præsenti minus consultum fuerit interdictum quorum bonorum intentati, quia agentium jus altiorem indaginem requirit, nec integrè & plenè in possessorio judicio expediri posse videtur, ut alia postmodum actione opus futurum sit, per ea quæ notant Bald. *in l.cum in antiquiorib. C.de jur.deliber. & in c.Imperialem,num.19 de prohibit.feud.alien.per Frider.* Panormit.*in c.cum contingat, in fine, de offic.deleg.* Castrens.*cons.441.n.5.vol.1.*

Huc accedit, quòd heredes instituti nullo vitio possessionem controversæ hereditatis adepti sunt, ut possessoriis remediis à sua possessione titulo quæsita facile expelli non possint, quandoquidẽ in pari causa melior est conditio possidentis, *c.in pari,de reg.jur.in 6.* tantò verò favorabilior est heredum institutorum causa in possessorio, quòd eo casu, quo in forma testamenti nihil desideratur, utpote quod non est cancellatum, heredes instituti etiamsi possessionem non haberent, tamen in possessorio obtinerent, & in possessionem mittendi essent ex saluberrimo & admodum privilegiato remedio *l.fin. C.de edict. D. Adriani toll.* ut ex textu ipso ejus legis apparet, & Dd. *ibidem* communiter tenent. Multò facilius igitur possessionis, quam semel vi testamenti adepti sunt, retentio obtinetur, per ea quæ tradit Tiber.Decian.*cons.29.n.93.vol.2.*

Quare satius fore videtur petitorio judicio agere, quod tam quoad possessionem, quàm quoad proprietatem agentibus commodum esse potest, *Ferrar.in form.libel.petit.ab intest.in princ.n.8.*
per l.si inter me & te,ff.de except.rei jud. Frustra † 65
namq; fit per plura, quod fieri potest per pauciora, *l.1.ff. quod met. caus.l.ampliorem,C.de appellat. l.ne in plures,ff. de exercit. act. l.planè,ff.famil.erciscund..*

Neq; adversari potest, quòd † hujusmodi he- 66
reditatis petitio contra titulo possidentem non competit, *d.l.regulariter, latè Covar.practic.quæst. c.12.* etiamsi titulus fuisset acquisitus post mortem defuncti, *Salicet. in d.l.fin. & in l.2.C.de petit. hered. Angel.in§.sedistæ.col.penult. Instit.de action.* quia titulus iste validus & justus non est.

Jam verò adversus eos, qui invalido titulo possident etiam à fisco, hereditatis petitionem dari est textus *in l.nec ullam,§.1.& in l.etiamsi, §.1.ff.de hered pet.l.2.C.eod.gl.in l.1.& ibid. Bart.ff.ex quib. caus.major.in integr.restit.* quoniam paria sunt vitiosum

tiosum & injustum habere titulum, & omninò nullum habere, *Bald. in l. inutilem, n. 2. C. de furt. Panorm. in c. gravis, n. 7. de restit. spoliat. Balb. in repetit. l. Celsus, in princ. ff. de usucap. Crot. cons. 47. n. 21. & cons. 75. n. 10. Natt. cons. 448. nu. 23. Rol. à Vall. cons. 48. n. 12. vol. 1. Wesemb. cons. 6. n. 98. & seq. Cacher. decis. Pedam. 56. n. 5.*

Unde fit ut hæc actio etiam contra coheredes pro parte intentari possit, *l. 1. §. proinde, ff. si pars hered. petat. l. 1. ubi gloss. in verb. exceptio, ff. famil. erciscund.*

67 Forma † autem petitionis hereditatis est, ut actores se petant declarari & pronunciari heredes M. N. & ut pro parte debita bona hereditaria ipsis restituantur cum fructibus, quam formã plenius persequuntur Bart. *in l. licet, ff. de petit. hered. & in l. 1. C. quor. bonor.* Dd. *in l. 1. C. de edend. & in l. hereditas, C. de petit. hered.* Bald. *in l. 2. C. eod.* Alberic. *in l. 2. n. 1. ff. si pars hered. petat.* Abb. *in c. 1. n. 23. de libell. oblat.* Wesemb. *cons. 13. n. 10. & cons. 41. n. 14.* Et valde huc conferunt, quæ tradit Bart. *in l. filio præterito, nu. 24. ff. de injust. rumpt. irr.* his verbis: De jure, inquit, dicendi testamentum nullum, non habemus specialem titulum: quæro ergo, qualiter proponatur? Jurisconsultus hic innuit apertè, quòd non sit necesse facere mentionem de nullitate testamenti, sed simpliciter petat hereditatem ab intestato, & si excipietur de testamento, replicabitur de nullitate, & subjicit Bartolus hanc esse bonam practicam: addit tamen posse quem, si vellet, principaliter petere, quod testamentum pronuncietur nullum, & hoc fieret per officiũ judicis, qua de re plenius dixerit *in l. qua sub conditione, §. de hoc jurejurando, n. 2. ff. de condit. institut.* & quamvis hæc via posterior non displiceat Wesembecio *in §. 1. n. 3. Instit. de inoff. testam.* allegans ad hoc Innocent. *in c. fin. de offic. judic.* Bald. *in l. 1. n. 3. ff. de fer.* Bart. *in l. si expressim, n. 12. ff. de appell.* Ferrar. *in form. libel. appellat. in verb. fuisse & esse nullum, n. 4.* & Dd. hoc communiter sequi testetur Gomez. *lib. 1. resol. var. c. 11. n. 7.* & novissimè Mich. Graff. *in §. testamentum, q. 52. in princ.* prior tamen via in proposito erit expeditior, quia minus grave est incidenter & quasi per obliquum testamentum arguere nullitatis, quàm si id fiat per implorationem officii judicis, atq; adeò directò.

Consultum tamen fuerit, ut si actores de nullitate testamenti replicaturi sunt, replicationi illi adjiciant protestationem eventualem, In casum, quo testamentũ prætensum pro valido pronunciandum esset, quod non speretur, quòd omnia jura sibi ex eo & aliàs de jure competentia reservata velint. Cùm † enim testamentũ impugnans 68
sese ex eo postea juvare non possit, ut communiter scribunt Dd. *in l. post legatum, ff. de his quib. ut indign.* Aretin. *cons. 96. col. penult.* Bursat. *cons. 234. n. 47. vol. 3.* protestatio † tamen cuiq; jus suum in tuto collocat atq; conservat, *per text. in l. si debitor, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv. Jas. in l. non solùm, §. morte, nu. 50. ff. de oper. nov. nunc. Benintend. decis. 72. n. 5. Port. cons. 61. n. 40. & cons. 177. n. 3. Cephal. cons. 296. n. 9. & seq. vol. 2. Bursat. cons. 16. n. fi. vol. 1. & cons. 247. n. 11. vol. 3. Wes. cons. 43. nu. 159. & seq.* & animum ab actu qui fit, tollit ac removet, *l. at si quis, §. plerisq;, ff. de relig. & sumpt. funer. Wesemb. cons. 4. nu. 99.* ideoq; ejusmodi cautela non nocet *per l. testamentum, C. de testa. ubi Bald. & Aretin. Sylvan. cons. 16. n. 17. Bursat. cons. 320. n. 83. vol. 3.* præsertim cum Domini consulentes causas testamenti impugnandi habeant gravissimas, adeoq; protestatio hæc non possit dici facto contraria, per ea quæ annotavit Bald. ad Speculat. *sub tit. de testam. vers. sed porrò heres, & in l. fin. oppos. 8. C. de edict. D. Adr. tollen.* 69

TERTIÆ QUÆSTIONIS RESOLUTIO.

Coram quo judice autem hæc actio intentanda sit, si quæratur, respondeo non esse dubium, quin † coram Principe territorii, in quo 70
bona hereditaria sita sunt, institui & agitari possit, *l. 1. C. ubi de hered. agi oport. Felin. in c. ceterum, n. 8. & ibid. Innocent. & Panorm. de judic.* aut certè ubi major bonorum pars est, *l. fideicommissa, ff. de judic. Tiber. Decian. cons. 71. num. 15. vol. 2.* Petitio
† enim hereditatis, quamvis personales habeat 71
præstationes, reipsa tamen actio est realis, & inter actiones reales connumeratur, *l. sed et si lege, §. petitio, ff. de petit. her. l. hereditas, C. eod. gl. Castrens. & Jas. in rubr. C. de inoff. testam.* & per consequens ubi res sita est, coram loci illius domino hæc actio intentari potest, *l. fin. C. ubi in rem act. exercer. pot.*

Quod si tamen Domini consulentes malint hanc actionem instituere coram judice eorum, qui bona ad hereditatem M. N. pertinentia possident, id sanè in ipsorum est arbitrio, *d. l. 1. C. ubi de hered. agat. l. fin. C. ubi in rem act.*

Sed cùm animadvertam bona hereditaria non esse omnia in eodem territorio sita, nec possessores eorum eidem jurisdictioni suppositos, consultius † fuerit ob causæ continentiam non divi- 72
dendam omnium superiorem judicem adire, qui est Camera Imperialis, per tradita à Mynsing. *cent. 1. obs. 4* Gail. *1. obs. pract. 32. & lib. 1. de pace pub. obs. 6. nu. 2.* præsertim quod Domini consulentes immediatè imperio subjecti non sunt, atq; adeò judex aliquis alius secundum ordinationem Cameræ Imperialis *part. 2. tit. 5.* eligi non possit.

Hermannus Vultejus Jurisconsultus respondit mense Octobri, Annô Christi 1590.

Xx INDEX

INDEX COPIOSISSIMUS INSIGNIUM RERUM QUÆ IN HOC CONSILIORUM TOMO continentur.

A

Actionis

Antiqua

Casus

Conditio

Consue-

F

Fide-

Funda-

Heres

I

Ibi

M

Mulier

N

Nova-

Opinio

Pro-

Q

R

Rebellio

Rei

Renunci-

S

Scriptura

Statuto

Testa-

Univer-

INDEX.

FINIS.

INDEX COPIOSISSIMUS INSIGNIUM RERUM QUÆ IN HOC CONSILIORUM TOMO continentur.

A

Agnus

Argu-

Argu-

 Ban-

C

Saxo-

Decla-

Domi-

Feuda

Fidem

Gene-

INDEX.

Inter-

L

Mone-

Ordi-

Peccas-

Prasu-

Res

Senten-

Taci-

T

Ver-

I N D E X.

F I N I S.